

**Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht**

Viewpoints in (Dutch) private law, in particular labour law

© 2014 mr. J.P. Quist / Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprerecht.nl](http://www.reprerecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-90-8974-914-7

NUR 825

[www.bju.nl](http://www.bju.nl)

**Gezichtspunten in het privaatrecht,  
in het bijzonder het arbeidsrecht**

Viewpoints in (Dutch) private law,  
in particular labour law

**Proefschrift**

ter verkrijging van de graad van doctor aan de  
Erasmus Universiteit Rotterdam  
op gezag van de  
rector magnificus  
prof.dr. H.A.P. Pols  
en volgens het besluit van het College voor Promoties

De openbare verdediging zal plaatsvinden op  
vrijdag 23 mei 2014 om 11.30 uur  
door  
Jeroen Paul Quist  
geboren te Goes



**Promotiecommissie**

Promotor:        prof.mr. C.J. Loonstra

Overige leden:    prof.mr. A.R. Houweling  
                      prof.mr. C.J.H. Jansen  
                      prof.mr. A.J.M. Nuytinck

## Voorwoord

Het moet eind 2005 geweest zijn toen prof. mr. C.J. Loonstra mij op kantoor belde en mij de (onverwachte) vraag voorlegde of ik na mijn advocaatstage onder zijn promotorschap een proefschrift wilde schrijven. Aangezien het schrijven van de scriptie één van de leukste onderdelen van mijn studie was geweest, hoefde ik daar niet lang over na te denken.

In maart 2006 ging ik aan de slag en nu ‘enkele jaren’ later heb ik een punt achter het onderzoek gezet en is het boek afgerond. Ik heb daar steeds met heel veel plezier aan gewerkt. Ik dank prof. Loonstra dan ook niet alleen voor het feit dat hij vertrouwen in mij heeft getoond door mij voor dit ‘project’ te vragen, maar zeker niet minder voor de manier waarop hij mij daarbij heeft begeleid. Ik heb een grote vrijheid gekregen, maar op gezette (en noodzakelijke) tijden werden de teugels toch wat aangehaald. En beide waren nuttig...

Uiteraard dank ik ook prof. mr. A.R. Houweling, prof. mr. C.J.H. Jansen en prof. mr. A.J.M. Nuytinck voor hun bereidheid zitting te nemen in de kleine commissie en het beoordelen van mijn manuscript.

Verder dank ik (de maatschap van) Adriaanse van der Weel Advocaten voor de steun en ruimte die ik voor mijn onderzoek heb gekregen. Van dit kantoor noem ik in het bijzonder Yvette Hall-Le Maire, die mij enorm behulpzaam is geweest bij het opstellen van schema's en overzichten, het verzorgen van de lay-out en nog heel veel meer. Judith Cabboort en Joost de Kubber waren beiden bereid mee te helpen met het corrigeren van de tekst. Heel veel dank daarvoor!

De meeste dank ben ik evenwel verschuldigd aan de personen die het meeste last van mijn onderzoek en het schrijven van het proefschrift hebben gehad. Dat is in de eerste plaats mijn lieve Jet. Hoewel onze lieve Fiene, Hidde en Mijntje zonder twijfel (iets) minder last van het schrijven van mijn proefschrift hebben gehad, ben ik me ervan bewust dat hun vader te veel in de boeken zat en te vaak op zolder bivakkeerde. Dank jullie wel voor jullie begrip, geduld en aanmoedigingen!

Ten slotte, last but not least, noem ik mijn ouders, Rien en Marjo. Wat zij altijd voor mij hebben gedaan en betekend hebben en nu nog steeds voor mij(n) gezin) doen en betekenen, is met geen pen te beschrijven, ook niet wanneer dat mag in een boek met de omvang van een lijvig proefschrift. Het is dan ook niet voor niets dat ik mijn boek aan hen opdraag!

Kapelle, februari 2014



# Inhoud

<b>Afkortingen</b>	15
<b>1 Inleiding</b>	
1.1 Algemene inleiding	19
1.2 Probleemstelling	20
1.3 Opzet	22
<b>2 Gezichtspuntencatalogi: verkenning</b>	
2.1 Inleiding	25
2.2 Wat zijn gezichtspuntencatalogi?	25
2.2.1 Contextualisme en de omstandigheden van het geval	25
2.2.2 Harde subregels, vuistregels en gezichtspuntencatalogi	29
2.2.3 Het ineenvloeden van feiten en normen	36
2.3 Voorbeelden uit de rechtspraak van de Hoge Raad	40
2.3.1 Burgerlijk recht	40
2.3.2 Andere rechtsgebieden	57
2.3.2.1 Burgerlijk procesrecht	58
2.3.2.2 Strafrecht	58
2.3.2.3 Bestuursrecht	60
2.3.2.4 Niet in alle rechtsgebieden gewaardeerd	61
2.4 De gezichtspunten(catalogi) nader beschouwd	61
2.4.1 Verschillende soorten gezichtspuntencatalogi	62
2.4.1.1 Geen limitatieve catalogi ...	62
2.4.1.2 ... bijna geen imperatieve catalogi ...	63
2.4.1.3 ... en soms verholde catalogi	65
2.4.2 In welke soort zaken worden gezichtspunten geformuleerd?	69
2.4.3 Welke formuleringen gebruikt de Hoge Raad?	72
2.4.4 De brug tussen de omstandigheden van het geval en de verschillende gezichtspunten	74
2.4.5 Verschillende soorten gezichtspunten	78
2.4.5.1 Open en gesloten gezichtspunten	80
2.4.5.2 Neutrale, bevrijdende en belastende gezichtspunten	81
2.4.5.3 Voorwaardelijke gezichtspunten	82
2.5 Waarom hanteert de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi?	83
2.6 Functies van gezichtspuntencatalogi	91
2.6.1 Scheppen van duidelijkheid	92
2.6.2 Vergroten van voorspelbaarheid	92
2.6.3 Gezichtspuntencatalogi helpen invulling te geven aan open en evaluatieve begrippen	93

2.6.4	Toetsing van gemengde beslissingen	95
2.7	Reacties op het gebruik van gezichtspuntencatalogi	96
2.7.1	Positieve reacties	97
2.7.1.1	Gezichtspuntencatalogi vormen de brug tussen open normen en de concrete zaak	97
2.7.1.2	Er wordt uitgegaan van hetzelfde criterium	98
2.7.1.3	Gezichtspuntencatalogi bieden flexibiliteit	99
2.7.2	Negatieve reacties	100
2.7.2.1	Onduidelijk is hoe gezichtspunten geïnterpreteerd en gewogen moeten worden	101
2.7.2.2	Waar ligt het omslagpunt?	104
2.7.2.3	Gezichtspunten zijn weinig directief	104
2.7.2.4	Met gezichtspuntencatalogi kan ieder resultaat worden bereikt	106
2.7.2.5	Soms is onduidelijk waarom de Hoge Raad voor bepaalde factoren heeft gekozen	106
2.7.2.6	Gezichtspuntencatalogi leiden soms tot een beperkte toetsing	108
2.7.2.7	Gebrekkige motiveringen	109
2.7.2.8	De Hoge Raad als wetgever-plaatsvervanger	111
2.7.2.9	Gezichtspuntencatalogi zijn niet economisch	112
2.8	Afronding	114
<b>3</b>	<b>Arbeidsrechtelijke gezichtspuntencatalogi</b>	
3.1	Inleiding	117
3.2	De omstandigheden van het geval in het arbeidsrecht	117
3.2.1	De omstandigheden van het geval in titel 7.10 BW	117
3.2.2	De omstandigheden van het geval in de rechtspraak van de Hoge Raad	120
3.2.2.1	Internationale rechtsmacht	120
3.2.2.2	Staking	121
3.2.2.3	Werknemersaansprakelijkheid	122
3.2.3	De gezichtspunten in de rechtspraak van de Hoge Raad	124
3.2.3.1	Gelijke behandeling	129
3.2.3.2	Kennelijk onredelijk ontslag	131
3.2.3.3	Kwalificatie	137
3.2.3.4	Loon – octrooi	140
3.2.3.5	Matiging loonvordering	142
3.2.3.6	Ontbinding van de arbeidsovereenkomst	145
3.2.3.7	Ontslag op staande voet	147



---

3.2.3.8	Overgang van onderneming	151
3.2.3.9	Uitleg	153
3.2.3.10	Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW	155
3.2.3.11	Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:611 BW	161
3.2.3.12	Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 6:170 BW	164
3.2.3.13	Wettelijke verhoging	166
3.2.3.14	Wijziging arbeidsvoorwaarden	167
3.2.3.15	Zorgplicht bij beëindiging vroegpensioen	170
3.3	Nadere beschouwing van de arbeidsrechtelijke gezichtspunten(catalogi)	171
3.3.1	Verschillende soorten gezichtspuntencatalogi	171
3.3.1.1	Geen limitatieve catalogi ...	171
3.3.1.2	... bijna geen imperatieve catalogi ...	173
3.3.1.3	... en soms verholde catalogi	174
3.3.2	In welke soort zaken worden gezichtspuntencatalogi geformuleerd?	175
3.3.3	Welke formuleringen gebruikt de Hoge Raad?	177
3.3.4	De brug tussen de omstandigheden van het geval en de verschillende gezichtspunten	178
3.3.5	Verschillende soorten gezichtspunten	182
3.3.5.1	Open en gesloten gezichtspunten	184
3.3.5.2	Neutrale, bevrijdende en belastende gezichtspunten	185
3.3.5.3	Voorwaardelijke gezichtspunten	188
3.4	Afronding	189
<b>4</b>	<b>Procesrechtelijke aspecten van gezichtspunten- rechtspraak</b>	
4.1	Inleiding	191
4.2	Bewijsrechtelijke aspecten	192
4.2.1	Inleiding	192
4.2.2	Wat is bewijzen?	193
4.2.3	De zeven fasen van Van den Brink	195
4.2.3.1	Fase 1: stellen	195
4.2.3.1.1	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	203
4.2.3.2	Fase 2: betwisten	210
4.2.3.2.1	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	220
4.2.3.3	Fase 3: bewijslastverdeling	222
4.2.3.3.1	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	229
4.2.3.4	Fase 4: bewijsaanbod	231

---

4.2.3.4.1	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	239
4.2.3.5	Fase 5: bewijsopdracht	241
4.2.3.5.1	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	242
4.2.3.6	Fase 6: bewijslevering	243
4.2.3.6.1	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	245
4.2.3.7	Fase 7: bewijswaardering	245
4.2.3.7.1	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	251
4.2.4	De verzoekschriftprocedure en het kort geding	252
4.2.4.1	De verzoekschriftprocedure	253
4.2.4.1.1	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	255
4.2.4.2	Het kort geding	256
4.2.4.2.1	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	258
4.3	Aanvulling van feiten, feitelijke grondslag en rechtsgronden	258
4.3.1	Aanvullen van feiten	260
4.3.2	Feitelijke grondslag	264
4.3.3	Rechtsgronden	267
4.3.4	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	270
4.4	Waarheids- en volledigheidsplicht	275
4.4.1	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	284
4.5	Motivering	287
4.5.1	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	295
4.6	Toetsing in cassatie	303
4.6.1	Procedurele beperkingen aan de toetsing in cassatie	303
4.6.2	Cassatiegronden	305
4.6.3	Vernietiging en verwijzing	311
4.6.4	Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi	313
4.7	Afronding	317
<b>5</b>	<b>Toepassing in de lagere rechtspraak I: Van Hese/De Schelde</b>	
5.1	Inleiding	319
5.2	De zaak/het arrest Van Hese/De Schelde	319
5.3	De lagere rechtspraak	327
5.3.1	Algemeen	329
5.3.2	Gezichtspunt a	334
5.3.3	Gezichtspunt b	340
5.3.4	Gezichtspunt c	349
5.3.5	Gezichtspunt d	356
5.3.6	Gezichtspunt e	364

---

5.3.7	Gezichtspunt f	371
5.3.8	Gezichtspunt g	378
5.3.9	Overige gezichtspunten	388
5.3.9.1	Art. 6 EVRM	390
5.3.9.2	Niet-materieel werkgeverschap	391
5.3.9.3	De leeftijd van de gelaedeerde	392
5.3.9.4	Aan Van Hese/De Schelde-gezichtspunten gerelateerde factoren	393
5.4	Weging van de gezichtspunten	394
5.5	Procesrechtelijke aspecten	398
5.6	Afronding	403
<b>6</b>	<b>Toepassing in de lagere rechtspraak II: Schrijver/Van Essen</b>	
6.1	Inleiding	407
6.2	De zaak/het arrest Schrijver/Van Essen	408
6.2.1	Latere rechtspraak van de Hoge Raad	410
6.3	De lagere rechtspraak	419
6.3.1	Algemeen	429
6.3.2	De aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt	439
6.3.3	De aard van de dienstbetrekking	445
6.3.4	De duur van de dienstbetrekking	454
6.3.5	De wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld	461
6.3.6	De persoonlijke omstandigheden van de werknemer	470
6.3.6.1	De leeftijd van de werknemer	475
6.3.6.2	De gevolgen van een ontslag op staande voet	476
6.3.6.3	Overige persoonlijke omstandigheden	480
6.3.7	Overige gezichtspunten	481
6.3.7.1	Door de werkgever gehanteerde (gedrags)voorschriften	483
6.3.7.2	Beding ex art. 7:678 lid 3 BW	485
6.3.7.3	Belang van de werkgever	486
6.3.7.4	Verwijtbaarheid en psychische gesteldheid van de werknemer	488
6.3.7.5	Ook de werkgever valt een verwijt te maken	491
6.3.7.6	Had de werkgever een andere maatregel moeten treffen?	493
6.3.7.7	De werkgever c.q. werknemer heeft aangegeven een andere sanctie te willen accepteren	496

---

6.3.7.8	Andere sanctie had niet het gewenste resultaat	497
6.3.7.9	Algemeen praktijk/gedoogcultuur	498
6.3.7.10	Het tijdstip waarop de verweten gedraging heeft plaatsgevonden	499
6.3.7.11	De houding van de werknemer na de verweten gedraging	500
6.3.7.12	Collega krijgt geen of een andere sanctie opgelegd	505
6.3.7.13	Collega's willen dat werknemer blijft	506
6.3.7.14	Onrust op de werkvloer bij terugkeer van de werknemer	507
6.3.7.15	Is de arbeidsprestatie negatief beïnvloed?	507
6.3.7.16	De werknemer was vrijgesteld van de bedongen arbeid	508
6.3.7.17	Arbeidsovereenkomst was recent omgezet in een dienstverband voor onbepaalde tijd	509
6.3.7.18	De werknemer handelde onverplicht	509
6.3.7.19	Procedurele aspecten	510
6.3.7.20	Rechtvaardigingsgronden	515
6.3.7.21	'Vrijwillige terugtred'	518
6.3.7.22	'Mislukte poging'	519
6.3.7.23	(Geen) strafrechtelijke vervolging/veroordeling	520
6.3.7.24	Gevaar voor recidive	522
6.3.7.25	De werknemer wilde aanvankelijk de goede gedragslijn volgen	523
6.3.7.26	De werknemer had geen kwade bedoelingen	523
6.3.7.27	Gevolgen	524
6.3.7.28	Overig	527
6.4	Weging van de gezichtspunten	528
6.5	Procesrechtelijke aspecten	531
6.6	Afronding	541
<b>7</b>	<b>Bevindingen en conclusie</b>	
7.1	Inleiding	545
7.2	Functies van gezichtspuntencatalogi	545
7.2.1	Scheppen van duidelijkheid	546
7.2.2	Vergroten van voorspelbaarheid	551
7.2.2.1	Intermezzo: goede voorspelbaarheid bij ontslag op staande voet?	560
7.2.3	Gezichtspuntencatalogi helpen invulling te geven aan open normen en evaluatieve begrippen	566
7.2.4	Toetsing van gemengde beslissingen	567
7.2.5	Tussenconclusie	569

---

7.3	Hoe kan het anders/beter?	570
7.3.1	Een scherpe(re) regel heeft de voorkeur	570
7.3.2	Volledig imperatieve catalogi?	577
7.3.3	Duidelijk moet worden waarom voor bepaalde gezichtspunten is gekozen	578
7.3.4	Nadruk op bepaalde gezichtspunten	582
7.3.5	Gesloten in plaats van open gezichtspunten	584
7.3.6	Zo weinig mogelijk neutrale gezichtspunten	585
7.3.7	Strengere motiveringseisen	587
7.4	Conclusie	592
<b>Summary</b>		595
<b>Geraadpleegde en aangehaalde literatuur</b>		599
<b>Jurisprudentieregister</b>		649
<b>Trefwoordenregister</b>		673
<b>Curriculum Vitae</b>		681



## Afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
A&V	Aansprakelijkheid & Verzekering
AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
AI	Arbeid Integraal
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
ARBAC	Academie voor Arbeidsrecht
art.	artikel
artt.	artikelen
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	collectieve arbeidsovereenkomst
c.q.	casu quo
CRvB	Centrale Raad van Beroep
c.s.	cum suis
CWI	Centrum voor Werk en Inkomen
DD	Delikt en Delinkwent
dga	directeur-groootaandeelhouder
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
ECLI	European Case Law Identifier
EEX-Vo.	Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Brussel I)
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
e.v.	en volgende
EVEX	Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken; Lugano, 16 september 1988
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
Fl.	gulden florijn
Fw	Faillissementswet

Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBPr	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
JIN	Jurisprudentie in Nederland
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort Geding
Ktr.	Kantonrechter
L&S	Letsel & Schade
m.nt.	met noot
Mon.	Monografieën
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NbSr	Nieuwsbrief Strafrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
nr.	nummer
nrs.	nummers
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
OM	Openbaar Ministerie
OR	ondernemingsraad
p.	pagina
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PP	Praktisch procederen
Pres.Rb.	President van de Rechtbank
Prg.	Praktijkgids
RAR	Rechtspraak Arbeidsrecht
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
RFR	Rechtspraak Familierecht
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
r.o./rov.	rechtsoverweging



---

ROW	Rijks Octrooiwet
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
Sr.	Wetboek van Strafrecht
SR	Sociaal Recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv.	Wetboek van Strafvordering
SVB	Sociale Verzekeringsbank
SVI	Schadeverzekering Inzittenden
TAP	Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk
TAS-regeling	Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TGMA	Tijdschrift voor Gezondheidsschade, Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht
TMA	Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht
TNS-regeling	Regeling tegemoetkoming niet-loondienstgerelateerde slachtoffers van mesothelioom
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
vgl.	vergelijk
VR	Verkeersrecht
WAHV	Wet Administratiefrechtelijke Handhaving Verkeersvoorschriften
WAO	Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering
WGBL	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WSNP	Wet schuldsanering natuurlijke personen
WvK	Wetboek van Koophandel
WVW	Wegenverkeerswet
WW	Werkloosheidswet
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP'er	Zelfstandige zonder personeel



# 1 Inleiding

## 1.1 Algemene inleiding

‘Het hangt af van alle omstandigheden van het geval’. Een ieder die regelmatig kennis neemt van de (civielrechtelijke) rechtspraak van de Hoge Raad, zal deze woorden bekend voorkomen. Zeker in de rechtspraak van de laatste decennia komen we een dergelijke overweging met grote regelmaat tegen. De omstandigheden van het geval staan, ook in de literatuur, meer en meer in de belangstelling. Ik wijs in dit verband bijvoorbeeld op Vranken, die het verwijzen naar omstandigheden beschouwt als één van de kenmerken van de omgang van juristen met het burgerlijk recht.<sup>1</sup> Ook valt in dit kader te wijzen op het recente proefschrift van Wolters, met als titel *Alle omstandigheden van het geval*.<sup>2</sup>

*Alle omstandigheden*, dat zijn er verontrustend veel, denken de advocaat die moet adviseren en de rechter die moet motiveren, zo schreef Van den Brink.<sup>3</sup> Afgezien van het feit dat voor een bepaalde zaak vanzelfsprekend nooit alle denkbare omstandigheden ook daadwerkelijk relevant zijn, heeft de Hoge Raad sinds de jaren '60 van de vorige eeuw verschillende methoden ontwikkeld om nadere invulling te geven aan het – op zichzelf weinigzeggende – criterium dat moet worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval. Eén daarvan betreft het formuleren van wat ik in deze studie gezichtspuntencatalogi noem.<sup>4</sup> Een gezichtspuntencatalogus is een lijst(je) waarin wordt aangegeven welke factoren voor de te beoordelen zaak van belang zijn of van belang kunnen zijn. Zij geven aan, zo heeft Vranken beschreven, welke feiten relevant zijn en welke niet,<sup>5</sup> en tegelijkertijd formuleren zij maatstaven om de relevante feiten juridisch

---

<sup>1</sup> Asser-Vranken, Vervolg, nr. 96.

<sup>2</sup> Wolters 2013. Dit proefschrift gaat over de factoren die een rol spelen bij de toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Zie verder ook Hartlief 2012, p. 9 e.v., alsmede de in de navolgende hoofdstukken nog te noemen literatuur.

<sup>3</sup> Van den Brink 2012, p. 1.

<sup>4</sup> Andere methoden zijn het formuleren van harde subregels of vuistregels. Zie daarover paragraaf 2.2.2.

<sup>5</sup> Ik vraag mij af of dit juist is. Gezichtspuntencatalogi geven weliswaar aan welke feiten en omstandigheden relevant zijn of kunnen zijn, maar in lijsten met relevante gezichtspunten is doorgaans niet aangegeven welke feiten en omstandigheden *niet* van belang zijn. Dat laatste zou zich ook moeilijk laten rijmen met de overweging dat acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval. Die overweging betekent mijns inziens dat op voorhand geen feiten en omstandigheden kunnen worden uitgesloten. Wel is het zo dat men door het uitsluiten van bepaalde (categorieën van) omstandigheden tot een scherpere norm kan komen. Naar het oordeel van Barendrecht krijgt een omstandighedencatalogus meer betekenis, indien de categorieën relevante omstandigheden nauwer worden omschreven en het aantal soorten omstandigheden beperkter wordt. Hieraan is wel het nadeel verbonden dat scherpe(re) normen de blik van de rechter met name op bepaalde omstandigheden richten, waardoor het gevaar bestaat

te beoordelen.<sup>6</sup> In de literatuur komen we verschillende benamingen tegen voor wat hier onder gezichtspuntencatalogus wordt begrepen.<sup>7</sup>

De Hoge Raad heeft in de loop der tijd vele van dergelijke lijsten met gezichtspunten, ofwel relevante factoren, geformuleerd, op tal van civielrechtelijke deelgebieden, niet in de laatste plaats het arbeidsrecht.

## 1.2 Probleemstelling

Sinds de ‘introductie’ van gezichtspuntencatalogi zijn we inmiddels zo’n 50 jaar verder, maar uitgebreid onderzoek naar de wijze waarop de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi formuleert en de wijze waarop deze in de lagere rechtspraak worden toegepast, is nog niet gedaan.<sup>8</sup> Dit terwijl, zo kwam hiervoor aan de orde, verwijzingen naar de omstandigheden van het geval in combinatie met gezichtspuntencatalogi veelvuldig door de Hoge Raad – men in navolging daarvan door de feitenrechters – worden toegepast. De welhaast vanzelf-

---

dat andere, voor een rechtvaardige beslissing wel relevante omstandigheden uit het oog worden verloren. Zie hiervoor Barendrecht 1992, p. 148, 168 en 188.

<sup>6</sup> Asser-Vranken, vervolg, nr. 106.

<sup>7</sup> Zo spreekt Lankhorst van de ‘factorenbenadering’. Lankhorst 1996, p. 49. Ook is gesproken van een ‘multi-factorbenadering’. Vgl. de noot van Brink onder Pres. Rb. Rotterdam 23 januari 2007, JOR 2007, 40. Zie ook Stolp 2013, p. 1444 en Hartlief 2008b, p. 899, die eveneens spreken over ‘factorenbenadering’. Ook de term ‘normencatalogus’ komen we tegen, en wel in Bruinsma & Huls 1984, p. 572. Zie ook Barendrecht 1992, p. 187, waar over ‘omstandighedencatalogi’ wordt gesproken. Ik wijs ten slotte op de noot van Van Boom onder HR 13 oktober 2006, JA 2006/142, waar wordt gesproken van het ‘bekende instrument van de gezichtspuntenbenadering’. De Hoge Raad bezigt soms zelf ook de term ‘gezichtspunt(en)’. Zie bijvoorbeeld HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527 (Vie d’Or). Soms wordt het begrip *topoi* als synoniem voor gezichtspunten gebruikt. Zie bijvoorbeeld Asser-Vranken, Vervolg, nr. 95. Korthals Altes en Groen hebben opgemerkt dat gezichtspunten ‘*topoi*’ genoemd kunnen worden en de rechtsvinding door middel van gezichtspunten ‘*topische rechtsvinding*’. Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), p. 233, nt. 4. Barendrecht heeft erop gewezen dat dat ten onrechte is. *Topoi* zijn, in de klassieke betekenis van het woord, opvattingen over datgene wat behoort, waarbij het zo is dat *topoi* elkaar ook kunnen tegenspreken. Gezichtspunten in een omstandighedencatalogus verwijzen, aldus Barendrecht, anders dan *topoi*, naar bepaalde feiten. Barendrecht 1992, p. 189. Zie ook Smith, die *topos* omschreef als een gezichtspunt van algemene aard, dat in een bepaalde tijd door allen, de meesten of de verstandigsten voor waar wordt aangezien. *Topoi* zijn vindplaatsen van argumenten, aangezien aan een *topos* argumenten voor of tegen een bepaalde stelling kunnen worden ontleend. Vgl. Smith 2007, p. 98 en 99. Zie over *topoi* ook Van Gerven & Leijten 1981, p. 68, alsmede Pontier 1998, p. 76.

<sup>8</sup> Zie in dit verband ook Hartendorp: ‘Er zou (...) meer onderzoek gedaan moeten worden naar de alledaagse praktijk van de rechtspraak, rechtsvinding en regeltoepassing. Voorbeelden van onderzoeksvragen zijn: Op welke wijze gebruiken rechters en andere praktijkjuristen de jurisprudentie van de Hoge Raad? (...)’ Hartendorp 2008, p. 197.

---

sprekende toepassing van gezichtspuntencatalogi leidt tot de vraag of de functies van gezichtspuntencatalogi in de rechtspraak wel worden verwezenlijkt.

Om tot beantwoording van deze vraag te komen, dient een aantal deelvragen te worden opgeworpen. Dat is allereerst de vraag welke dan de functies zijn die aan gezichtspuntencatalogi worden toegedicht. In de tweede plaats dient te worden beoordeeld waar de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi heeft geformuleerd en op welke wijze hij dat heeft gedaan. Om te beoordelen of catalogi met relevante factoren de daaraan toegedichte functies vervullen, zal ook lagere rechtspraak moeten worden onderzocht, omdat daarin de uitwerking dan wel inkleuring plaatsvindt van door de Hoge Raad aangereikte gezichtspunten. De lagere rechter kan van zijn beoordeling uitsluitend blijk geven in de motivering van zijn uitspraak. De op de lagere rechter rustende motiveringsplicht en de manier waarop de Hoge Raad die bij toepassing van gezichtspuntencatalogi kan toetsen, nemen dan ook een belangrijke plaats in in deze studie.

Indien en voor zover de vraag, of gezichtspuntencatalogi de daaraan toegedichte functies ook daadwerkelijk vervullen, ontkennend moet worden beantwoord, volgt daaruit een tweede onderzoeksvraag, te weten: zijn er manieren aan te wijzen waarop kan worden bewerkstelligd dat gezichtspuntencatalogi wél datgene bereiken wat met de toepassing ervan wordt beoogd? Deze onderzoeksvragen staan centraal in deze studie.

Bij de beantwoording daarvan zullen de arbeidsrechtelijke gezichtspuntencatalogi centraal staan. Afgezien van het feit dat het welhaast ondoenlijk is het gehele burgerlijk recht, voor zover het rechtspraak betreft waarin gezichtspuntencatalogi een rol spelen, te onderzoeken en een beperking vanuit dat oogpunt dus geïndiceerd is, is het arbeidsrecht vooral interessant omdat de Hoge Raad in dit rechtsgebied niet alleen veel gezichtspuntencatalogi heeft geformuleerd, maar ook omdat sprake is van verschillende soorten catalogi en verschillende soorten gezichtspunten.

Het fenomeen gezichtspuntencatalogi zal in deze studie overigens breder worden ingebed, allereerst door gezichtspuntencatalogi in een meer algemeen, theoretisch kader te plaatsen. Voorts zal ook worden ingegaan op de procesrechtelijke aspecten die een rol spelen bij de toepassing van gezichtspuntencatalogi, waaronder – zoals aangegeven – de verplichting van de lagere rechter om zijn oordeel te motiveren. Daarnaast zal in afzonderlijke hoofdstukken een volledig imperatieve gezichtspuntencatalogus (uit het arrest

Van Hese/De Schelde)<sup>9</sup> en een niet-volledig imperatieve catalogus (uit het arrest Schrijver/Van Essen)<sup>10</sup> worden besproken.

Het is niet de bedoeling van dit onderzoek om een uitputtende beschrijving te geven van alle lagere rechtspraak op alle (arbeidsrechtelijke) deelgebieden waarin de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi heeft aangereikt. De bedoeling van de analyse en bespreking van de gezichtspunten uit de arresten Van Hese/De Schelde en Schrijver/Van Essen, is om een beeld te schetsen van de wijze waarop in de lagere rechtspraak invulling wordt gegeven aan de in deze arresten geformuleerde gezichtspuntencatalogi. Dat is nodig om een antwoord te kunnen geven op de hiervoor opgeworpen onderzoeksvragen. Een uitputtende beschrijving is daarvoor niet vereist.

### **1.3 Opzet**

Om de in de voorgaande paragraaf weergegeven onderzoeksvragen van een antwoord te voorzien, zal allereerst in hoofdstuk 2 in algemene zin worden ingegaan op het gebruik van gezichtspuntencatalogi in de civielrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad (het arbeidsrecht uitgezonderd). In dat hoofdstuk zal uiteen worden gezet wat gezichtspuntencatalogi zijn, in welke (soort) zaken de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi heeft geformuleerd en op welke wijze hij dat heeft gedaan. Hierbij zal ook worden onderzocht welke functies aan het hanteren van gezichtspuntencatalogi worden toegedicht, alsmede op de commentaren die – zowel in positieve als in negatieve zin – op het formuleren van lijsten met gezichtspunten zijn geuit. Dit hoofdstuk vormt als het ware het (theoretische) vertrekpunt voor de beantwoording van de probleemstelling.

In hoofdstuk 3 zullen de arbeidsrechtelijke gezichtspuntencatalogi worden behandeld. Daarbij zal vanaf de laatste eeuwwisseling in kaart worden gebracht bij welke onderdelen van het arbeidsrecht we verwijzingen naar de omstandigheden van het geval en daaraan gekoppelde gezichtspuntencatalogi tegenkomen. Beoordeeld zal worden of en zo ja, in hoeverre de arbeidsrechtelijke catalogi qua vorm, inhoud en uitwerking vergelijkbaar zijn met de in hoofdstuk 2 behandelde gezichtspuntencatalogi. Een dergelijke toets is nodig om te kunnen bepalen of de uitkomsten van dit onderzoek mogelijk verder strekken dan alleen de arbeidsrechtelijke gezichtspuntencatalogi.

De procesrechtelijke aspecten van gezichtspuntenrechtspraak komen vervolgens aan de orde in hoofdstuk 4. Afgezien van het feit dat de Hoge Raad

---

<sup>9</sup> HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, m.nt. ARB onder NJ 2000, 431 en m.nt. Jansen en Loonstra onder JOR 2000, 163.

<sup>10</sup> HR 12 februari 1999, JAR 1999/102.

ook op het gebied van het burgerlijk procesrecht gezichtspuntencatalogi heeft geformuleerd, is de wijze waarop en de mate waarin de feitenrechter door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling kan betrekken – en daardoor of gezichtspuntencatalogi hun functies in de rechtspraktijk kunnen vervullen –, afhankelijk van de ‘procesrechtelijke gereedschapskist’ die de rechter daarbij ten dienste staat. Het is om die reden zinvol ook aandacht aan het procesrecht te besteden, waarbij zal worden ingegaan op bewijsrechtelijke aspecten, het aanvullen van feiten, feitelijke grondslag en rechtsgronden, de waarheids- en volledigheidsplicht van art. 21 Rv, de motiveringsplicht, alsmede aan de toetsing in cassatie.

De uitwerking in de lagere rechtspraak van door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten(catalogi) vindt plaats in de hoofdstukken 5 en 6. In hoofdstuk 5 staat daarbij de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde centraal. Dit arrest ging over de vraag of een voormalig werkgever van iemand bij wie de asbestziekte mesothelioom was geconstateerd zich op verjaring van de vordering tot schadevergoeding kon beroepen of dat dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. In dit kader formuleerde de Hoge Raad een gezichtspuntencatalogus, waarbij de Hoge Raad voorschreef dat *alle* zeven in het arrest genoemde relevante factoren in beschouwing moeten worden genomen. De catalogus uit Van Hese/De Schelde is dan ook een *volledig* imperatieve lijst met gezichtspunten.<sup>11</sup> In hoofdstuk 5 zal worden geanalyseerd hoe in de lagere rechtspraak met de door de Hoge Raad aangereikte factoren wordt omgegaan. Daarbij is gekozen voor deze volledig imperatieve lijst om te kunnen beoordelen of een dergelijke catalogus voor wat betreft het vervullen van de functies van gezichtspuntencatalogi voordelen heeft boven niet of niet geheel imperatieve, maar enuntiatieve, catalogi. Het is interessant om te bezien of dit afwijkende uitgangspunt bij de toepassing in de lagere rechtspraak tot verschillen leidt en zo ja, of dat van invloed is voor het antwoord op de vraag of gezichtspuntencatalogi bewerkstelligen wat ermee wordt beoogd.

Een niet-volledig imperatieve gezichtspuntencatalogus is aan de orde in hoofdstuk 6, waarin het arrest Schrijver/Van Essen centraal staat. In dit arrest heeft de Hoge Raad de (algemene) maatstaf gegeven voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Ook in dit verband formuleerde de Hoge Raad een lijst met gezichtspunten, waarbij slechts één van de vijf gezichtspunten verplicht is voorgeschreven. De overige

---

<sup>11</sup> De enige volledig imperatieve catalogus overigens die de Hoge Raad tot dusverre heeft geformuleerd.

vier gezichtspunten hebben geen imperatief karakter. Hoofdstuk 6 gaat in op de manier waarop in de lagere rechtspraak invulling aan de gezichtspunten uit het arrest Schrijver/Van Essen wordt gegeven, eveneens teneinde te beoordelen of door die rechtspraak de aan gezichtspuntencatalogi toegedichte functies worden vervuld.

Hoofdstuk 7, ten slotte, bevat de bevindingen van het onderzoek en de conclusie. Aan de hand van hetgeen in de hoofdstukken 2 tot en met 6 uiteen is gezet, zal in dit hoofdstuk de vraag worden beantwoord of gezichtspuntencatalogi de daaraan toegedichte functies waarmaken en zo nee, welke verbeteringen mogelijk zijn.

Het onderzoek is afgesloten in oktober 2013.



## **2 Gezichtspuntencatalogi: verkenning**

### **2.1 Inleiding**

In de inleiding van dit proefschrift is aangestipt wat gezichtspuntencatalogi zijn. In dit hoofdstuk zal dieper worden ingegaan op de door de Hoge Raad met grote regelmaat gehanteerde verwijzing naar ‘de omstandigheden van het geval’ en op de soms aan die overweging toegevoegde gezichtspuntencatalogi. Hierbij zal ik ingaan op het ontstaan van gezichtspuntencatalogi en de rechtspraak van de Hoge Raad waarin gezichtspuntencatalogi voorkomen. De arbeidsrechtelijke rechtspraak blijft in dit hoofdstuk zo goed als onbesproken.<sup>1</sup> Daarop zal ik in het volgende hoofdstuk uitgebreid ingaan.

Dit is, de titel zegt het al, een verkennend hoofdstuk, waarin vragen als ‘wat’, ‘waar’ en ‘waarom’ aan de orde komen. In paragraaf 2.2 zal ik ingaan op de vraag wat gezichtspuntencatalogi nu precies zijn. In paragraaf 2.3 zal uiteen worden gezet in welke arresten van de Hoge Raad lijsten met relevante gezichtspunten zijn geformuleerd, waarna de verschillende verschijningsvormen van gezichtspuntencatalogi en gezichtspunten in paragraaf 2.4 aan de orde komen. De vraag waarom de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi hanteert en de functies ervan hangen nauw met elkaar samen. Deze aspecten komen in paragraaf 2.5 en paragraaf 2.6 aan de orde. In paragraaf 2.7 zal ik aandacht besteden aan de literatuur waarin op het gebruik van gezichtspuntencatalogi is ingegaan. Hier zal blijken dat in de literatuur over het algemeen kritisch over het hanteren van gezichtspuntencatalogi wordt gedacht. Paragraaf 2.8 ten slotte bevat de belangrijkste conclusies van dit hoofdstuk.

### **2.2 Wat zijn gezichtspuntencatalogi?**

#### **2.2.1 Contextualisme en de omstandigheden van het geval**

Al geruime tijd is het in het burgerlijk recht in veel soorten zaken gebruikelijk dat de rechter de aan hem voorgelegde kwestie beoordeelt aan de hand van ‘alle omstandigheden van het geval’.<sup>2</sup> Deze frase, die een standaardformule van de Hoge Raad is geworden,<sup>3</sup> komen we in heel veel rechterlijke uitspraken tegen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Wel zal af en toe een arbeidsrechtelijke uitspraak als voorbeeld worden gebruikt.

<sup>2</sup> De rechtsgevolgen van een bepaalde casus worden dan niet aangeduid in de vorm van een algemene regel, maar afhankelijk gemaakt van de omstandigheden van het geval, Loth & Gaakeer 2005, p. 27-28. Van Schilfgaarde schreef dat de uitspraken van de Hoge Raad in de laatste decennia waarin het in de beschouwing betrekken van de omstandigheden van het geval voorop werd gesteld, talrijk zijn. Van Schilfgaarde 2006, p. 10.

<sup>3</sup> Barendrecht 1992, p. 9.

Wanneer de recente rechtspraak van de Hoge Raad wordt bekeken, blijkt dat de ‘omstandigheden van het geval’ zeker niet aan betekenis hebben ingeboet.<sup>5</sup>

Loth en Gaakeer hebben uiteengezet dat de rechtspraak in de loop van de twintigste eeuw een ontwikkeling in de richting van casuïstische rechtsvinding heeft laten zien. Dit wordt vaak geplaatst tegenover rechtsvinding aan de hand van zogenoemde ‘hard and fast rules’, die minder gericht is op de context van het geval, maar meer op de toepassing en ontwikkeling van algemene regels.<sup>6</sup> Casuïstische rechtsvinding daarentegen is meer gericht op de billijkheid in concreto, waaruit volgt dat veel gewicht toekomt aan de omstandigheden van het desbetreffende geval.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Vgl. Van Dijk 2006, p. 33. Zie voor enkele voorbeelden HR 23 december 2005, NJ 2006, 63, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de vraag of een profiteren of gebruikmaken van andermans wanprestatie onrechtmatig is, afhangt van de omstandigheden van het geval. Zie voorts HR 29 juni 2007, NJ 2008, 606, waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat de vraag of sprake is van een overschrijding van de vervalttermijn van art. 7:23 lid 1 BW afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. Vgl. ook HR 21 mei 2010, NJ 2010, 275, over de vraag of hetgeen is geleverd aan de tussen partijen gesloten overeenkomst beantwoordt. Naar het oordeel van de Hoge Raad moet deze vraag aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval worden beoordeeld. Deze overweging troffen we reeds aan in HR 23 november 2007, NJ 2008, 552. Vgl. hierover Tjong Tjin Tai 2010, p. 2178. Andere voorbeelden zijn: HR 9 september 1994, NJ 1995, 285, HR 9 augustus 2002, NJ 2010, 61 en HR 23 april 2010, NJ 2010, 244. Zie voor enkele vroege voorbeelden van arresten waarin de omstandigheden van het geval beslissend werden geacht HR 19 juni 1959, NJ 1959, 588 en HR 9 november 1962, NJ 1962, 473.

<sup>5</sup> Zie voor enkele voorbeelden waarin de Hoge Raad voorop heeft gesteld dat de voorliggende problematiek moet worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval, zonder daaraan een gezichtspuntencatalogus te koppelen, onder andere: HR 4 mei 1990, NJ 1992, 637, HR 29 januari 1993, NJ 1994, 172, HR 24 maart 1995, NJ 1996, 596, HR 21 april 1995, NJ 1995, 437, HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1, HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493, HR 23 december 2005, NJ 2006, 33, HR 24 maart 2006, NJ 2007, 377, HR 2 februari 2007, NJ 2008, 104, HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420, HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, HR 27 mei 2011, NJ 2012, 391, HR 16 september 2011, NJ 2012, 56, HR 16 september 2011, NJ 2012, 89, HR 14 oktober 2011, NJ 2012, 110, HR 11 november 2011, NJ 2012, 529, HR 2 december 2011, NJ 2012, 389, HR 27 januari 2007, NJ 2012, 244, HR 17 februari 2012, NJ 2012, 290, HR 28 februari 2012, NJ 2012, 518, HR 4 mei 2012, JA 2012/149, HR 15 juni 2012, JOR 2012, 314, HR 7 september 2012, NJ 2012, 500, HR 28 september 2012, NJ 2012, 551, HR 5 oktober 2012, NJ 2012, 571, HR 9 oktober 2012, NJ 2012, 596, HR 13 november 2012, NJ 2012, 659, HR 13 november 2012, RvdW 2012, 1470, HR 7 december 2012, RvdW 2013, 2, HR 26 april 2013, NJ 2013, 259 en HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7396.

<sup>6</sup> Dit wordt ook wel aangeduid als de ontwikkeling van ‘Normgerechtigheid’ naar ‘Einzelfallgerechtigheid’, waarover onder andere Loth 2005, p. 678 e.v.

<sup>7</sup> Loth & Gaakeer 2005, p. 31 e.v.

Indien de concrete feiten en omstandigheden van de te beoordelen zaak zo belangrijk zijn, kan de rechter met uitsluitend het gegeven dat een bepaalde (rechts)vraag aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld, gelet op het vage en weinigzeggende karakter van deze maatstaf, niet zoveel. Over die omstandigheden moet namelijk worden beslist.<sup>8</sup> In ieder geval is wel duidelijk dat de frase, dat acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, nooit letterlijk kan worden genomen.<sup>9</sup> Vanzelfsprekend zijn nimmer alle denkbare feiten en omstandigheden van betekenis om tot een beoordeling van de voorliggende zaak te komen.<sup>10</sup> Het oog hebben voor de omstandigheden van het geval kan niet betekenen, zo heeft Van Schilfgaarde beschreven, dat men alle omstandigheden, alle feitelijkheden in de beschouwing betreft. Steeds gaat het om de *relevante* omstandigheden<sup>11</sup> en dat betekent dat telkens een keuze moet worden gemaakt.<sup>12</sup> Zo zal in een zaak waarin de werknemer wedertewerkstelling en loondoorbetaling vordert, in de regel geen betekenis toekomen aan het merk auto dat de werknemer rijdt of de data waarop zijn kinderen jarig zijn. Het gaat dus om een selectie, die bestaat uit de rechtens relevante feiten en omstandigheden. Maar ook van die feiten en omstandigheden zal de rechter niet naar hartenlust gebruik mogen maken bij het beoordelen van de voorliggende zaak. Gelet op art. 24 en 25 Rv is de rechter in beginsel gebonden aan hetgeen partijen aan hun stellingen en verweren ten grondslag hebben gelegd.<sup>13</sup>

Een enkele verwijzing naar de omstandigheden van het geval geeft dus niet aan *welke* feiten en omstandigheden van belang zijn of kunnen zijn. Helemaal nietszeggend is zo een verwijzing echter ook niet. De frase ‘alle omstandigheden van het geval’ geeft in ieder geval aan dat er op voorhand geen feiten en omstandigheden van de beoordeling mogen worden uitgesloten.<sup>14</sup> De

---

<sup>8</sup> Vgl. Barendrecht, die schreef: ‘De beslissing wordt dus niet bepaald door de omstandigheden van het geval. Over die omstandigheden moet worden beslist. Dat moet aan de hand van een norm geschieden. Als men zegt dat de omstandigheden beslissend zijn voor de oplossing van bepaalde gevallen, betekent dat niet meer dan dat het huidige recht nog geen algemene regel voor de beslissing te bieden heeft.’ Barendrecht 1992, p. 166.

<sup>9</sup> Waarover ook Roozendaal 2009, p. 25.

<sup>10</sup> Zie ook Wolters 2013, p. 30.

<sup>11</sup> Aldus ook Van Schilfgaarde 2006, p. 10, alsmede De Bock 2011, p. 24.

<sup>12</sup> Van Schilfgaarde 2006, p. 11.

<sup>13</sup> Zie daarover nader paragraaf 4.3.

<sup>14</sup> In die zin ook De Bock 2011, p. 24. De Bock verwees naar Storme 1992, p. 349, waar is geschreven: ‘Er zijn geen feitelijke omstandigheden die nooit, voor geen enkel geschil, relevant kunnen zijn.’ Zie bij wijze van voorbeeld HR 13 juli 2012, NJ 2012, 459, welke zaak ging over matiging van een contractuele boete ex art. 6:94 lid 1 BW. De Hoge Raad

omstandigheden van het geval bieden dus een rijke bron waaruit argumenten kunnen worden geput, zo schreef Nieuwenhuis.<sup>15</sup> Bovendien, en dat is van belang voor de op de rechter rustende motiveringsplicht,<sup>16</sup> kan uit de overweging dat naar alle omstandigheden van het geval moet worden gekeken, worden afgeleid dat de rechter niet aan de hand van één bepaalde omstandigheid tot zijn beslissing mag komen, zonder daarbij tevens acht te slaan op eventuele andere relevante factoren.

Soms voegt de Hoge Raad uitdrukkelijk toe dat rekening moet worden gehouden met alle relevante omstandigheden van *beide* partijen. Zo is in het arrest van 5 december 1997<sup>17</sup> overwogen dat bij toepassing van de billijkheids-correctie van art. 6:101 BW rekening moet worden gehouden ‘met alle omstandigheden van het geval zowel aan de zijde van de bestuurder als aan de zijde van het verkeersslachtoffer.’ De verwijzing naar *alle* omstandigheden van het geval lijkt dat al te impliceren.

Dat de feiten en omstandigheden in de loop der tijd steeds belangrijker zijn geworden voor de beoordeling van het voorliggende geschil,<sup>18</sup> kan worden verklaard vanuit de opkomst van het contextualisme. Dat de feiten steeds meer bepalend zijn geworden voor de inhoud van de norm, vloeide voort uit het inzicht dat normen en regels geen ondubbelzinnige betekenis of waarde hebben, maar betekenis krijgen in een bepaalde context, of anders gezegd, slechts gekend kunnen worden in de specifieke omstandigheden van het geval.<sup>19</sup>

---

oordeelde: ‘De omstandigheden van het geval zijn uiteindelijk beslissend, en niets verhindert de rechter in dat verband gewicht toe te kennen aan de hoedanigheid van partijen.’ Deze factor is dus op voorhand niet uitgesloten van de beoordeling.

<sup>15</sup> Nieuwenhuis 1992, p. 285. Anders: Barendrecht 1992, p. 189. Barendrecht heeft erop gewezen dat gezichtspunten geen vindplaatsen van argumenten opleveren, aangezien die argumenten aan andere bronnen dan aan de feiten waarover wordt geargumenteerd worden ontleend.

<sup>16</sup> Waarover nader paragraaf 4.5.

<sup>17</sup> NJ 1998, 400. Het ging in deze zaak om een regresvordering van een verzekeraar voor verrichte uitkeringen aan een kind, dat op de fiets door een auto was aangereden.

<sup>18</sup> Waarover ook Polak, die schreef: ‘Het is altijd zo geweest, dat de feiten voor het resultaat van de rechtsvinding in belangrijke mate bepalend zijn geweest. Dat ligt in de aard van de rechtsvinding. In de afgelopen 50 jaar is echter op dit verschijnsel steeds meer het accent komen te liggen, zodat wij thans mogen zeggen, dat in het merendeel van de gevallen in de rechterlijke beslissing de feiten een allesbeheersende plaats innemen. De rechtsvinding verschijnt steeds minder in haar ware gedaante van regeltoepassing. Rechtsvinding is in de praktijk verworden tot ius in causa: een beslissing van geval tot geval.’ Polak 1953, p. 61.

<sup>19</sup> Zie hierover Van Dijk 2006, p. 30.

Het begrip contextualisme is door Vranken omschreven als de erkenning/het inzicht, dat verschijnselen uitsluitend in de context van de omstandigheden van het geval of van het perspectief waaronder ze worden benaderd, gekend en begrepen kunnen worden. De omstandigheden van het geval, die tezamen de context vormen, zijn van zeer groot belang bij het geven van juridische oordelen in en over de voorliggende zaak. Anders gezegd, bij de rechtsvinding door de rechter spelen de achterliggende feiten en omstandigheden een doorslaggevende rol. Niet voor niets noemde Vranken het (in rechterlijke uitspraken) verwijzen naar de omstandigheden van het geval één van de kenmerken van de omgang van juristen met het burgerlijk recht. Vranken schreef:

‘Verwijzen naar de omstandigheden komt veelvuldig voor, onder meer in de vorm van vuistregels die gelden behoudens bijzondere omstandigheden, en door middel van open en vage normen, die steeds opnieuw dwingen tot het aftasten en uitdiepen van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval. Zeer in het oogspringend is het hanteren van lijsten met relevante gezichtspunten (...). De gezichtspunten benoemen allerlei omstandigheden en facetten van het type probleem dat aan de orde is (...). Doet een dergelijk probleem zich in een concrete situatie voor, dan vormen de omstandigheden en facetten samen de norm aan de hand waarvan de situatie geanalyseerd en beoordeeld moet worden.’<sup>20</sup>

Rond 1960 heeft het contextualisme zijn intrede gedaan in de wetenschap, zo heeft Huppes-Cluysenaer beschreven.<sup>21</sup> Het is niet veel later wanneer de Hoge Raad voor het eerst gezichtspuntencatalogi formuleert.<sup>22</sup> Traditiegetrouw wordt in dit verband gewezen op de arresten Kelderluik en Saladin/HBU. Dit zijn enkele van de vroegste en inmiddels ook meest bekende arresten waarin de Hoge Raad een gezichtspuntencatalogus heeft geformuleerd, en welke arresten overigens tot op de dag van vandaag voor de rechtspraktijk van belang zijn.

### 2.2.2 Harde subregels, vuistregels en gezichtspuntencatalogi

Hierboven is in een notendop de ontwikkeling naar (meer) casuïstische rechtsvinding beschreven, waarbij voor de beoordeling door de rechter meer en

<sup>20</sup> Asser-Vranken, Vervolg, nr. 96.

<sup>21</sup> Huppes-Cluysenaer 1994, p. 114 e.v. Zie over contextualisme ook Loth & Gaakeer 2005, p. 27 e.v.

<sup>22</sup> Van Dijk 2007, p. 164. Zie ook Verheij, die in dit kader spreekt van ‘de sinds de jaren zestig gebruikelijke ‘gezichtspuntenmethode’ van de Hoge Raad’. Verheij 2012, p. 181.

meer belang is toegekend aan de omstandigheden van het concrete geval. Dat heeft ertoe geleid dat rechterlijke beslissingen niet slechts kunnen worden onderscheiden in feitelijke beslissingen enerzijds en rechtsbeslissingen anderzijds. Doordat een en ander met elkaar verweven is geraakt, diende de zogenoemde gemengde beslissing als onderscheidende categorie te worden toegevoegd. Het gaat hierbij om beslissingen die in cassatie deels van juridische en deels van feitelijke aard worden beschouwd. Toepassing van rechtsregels met vage normen of onbepaalde begrippen door de lagere rechter leidt tot dit soort beslissingen, beslissingen waarvan de uitkomst afhankelijk is van de omstandigheden van het concrete geval.<sup>23</sup>

Gelet op de hierboven geschetste ontwikkeling van het contextualisme is het niet verwonderlijk dat de Hoge Raad sinds de jaren '60 van de vorige eeuw verschillende methoden hanteert om het juridische gedeelte van gemengde beslissingen te toetsen.<sup>24</sup> Zo is het mogelijk dat de Hoge Raad in een bepaalde zaak een zogenoemde harde subregel<sup>25</sup> formuleert.<sup>26</sup> Zo een 'hard and fast rule' geeft voor een bepaalde categorie gevallen een uitzonderingsloze regel ten aanzien van de toepassing van een open norm.<sup>27</sup> 'Uitzonderingsloos' in die zin, dat toepassing van een vage norm of onbepaald begrip in een bepaalde feitelijke situatie altijd tot een bepaalde uitkomst moet leiden, ongeacht de verdere omstandigheden van het concrete geval.<sup>28</sup> Rechtsvinding aan de hand van 'hard and fast rules' kan gerechtvaardigd en aangewezen zijn, met name op die terreinen waar de rechtseenheid in de zin van uniforme uitkomsten om welke reden dan ook een belangrijke waarde vormt.<sup>29</sup>

Als voorbeeld wordt wel genoemd het arrest IZA/Vrerink.<sup>30</sup> In dit arrest formuleerde de Hoge Raad de zogenoemde 50%-regel, die erop neer komt dat de eigenaar van een motorrijtuig – behoudens overmacht – in ieder geval voor de helft van de schade van de fietser of voetganger aansprakelijk is, tenzij sprake

<sup>23</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 101. Vgl. ook Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 273.

<sup>24</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 101 en 102. Het feitelijk gedeelte kan in cassatie sowieso niet worden getoetst, vgl. art. 79 RO. Wel kan worden betoogd dat het feitelijk oordeel van de lagere rechter aan een motiveringsgebrek lijdt.

<sup>25</sup> In de common law-landen wordt wel de term 'hard and fast rules' gebruikt, waarmee de tegenstelling met 'open ended rules' wordt aangegeven.

<sup>26</sup> Zie daarover Korthals Altes 1981, p. 54.

<sup>27</sup> Hendrikse & Jongbloed 2007, p. 486.

<sup>28</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 102.

<sup>29</sup> Loth & Gaakeer 2005, p. 36.

<sup>30</sup> HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566, m.nt. CJHB.

is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van het verkeersslachtoffer.<sup>31</sup> Ook in het arbeidsrecht kennen we uitspraken van de Hoge Raad waarin een harde subregel is geformuleerd, zoals bijvoorbeeld het oordeel dat een bepaalde gedraging van de werknemer, ongeacht de overige omstandigheden van het geval, nooit een dringende reden voor ontslag op staande voet kan opleveren.<sup>32</sup> Ik wijs in dit verband op het arrest Vixia/Gerrits,<sup>33</sup> waarin de Hoge Raad besliste dat het uitsluitend niet voldoen aan controlevoorschriften bij ziekte door de werknemer geen dringende reden voor ontslag op staande voet kan opleveren. Doet zich een geval voor waarvoor de Hoge Raad een dergelijke harde subregel heeft geformuleerd, dan kan niet meer worden toegekomen aan een nadere afweging van de omstandigheden van het geval.<sup>34</sup> Dit leidt tot grote voorspelbaarheid van de voorliggende zaak; een harde subregel biedt namelijk geen ruimte voor uitzonderingen.

Dat de Hoge Raad zuinig is met het formuleren van harde subregels ligt voor de hand, nu uitzonderingen op de desbetreffende subregel niet aan de orde zijn en de Hoge Raad zich, ook voor toekomstige gevallen, behoorlijk vastlegt.<sup>35</sup> Ik wijs in dit verband ter illustratie op de conclusie van A-G Spier voor het arrest van de

---

<sup>31</sup> Zie hierover bijvoorbeeld Spier 2009, nr. 158. Ook de zogenoemde 100%-regel (vgl. HR 24 december 1993, NJ 1995, 236) is een voorbeeld van een harde subregel. In zijn noot onder HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214 schreef Brunner dat de zogenoemde 100%-regel voor kinderen jonger dan 14 jaar volgens de Hoge Raad 'een vaste regel' is. Dat geldt, zo vervolgde Brunner, ook voor de 50%-regel die door de Hoge Raad zo is geformuleerd, dat daarop op grond van de omstandigheden van het concrete geval geen uitzondering ten nadele van de voetganger of fietser mag worden gemaakt.

<sup>32</sup> Sagel & Verhulp 2005, p. 98.

<sup>33</sup> HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259 en JIN 2004/52, m.nt. Loonstra. Dit arrest is bevestigd in HR 16 april 2010, JAR 2010/125, waarover Kruit & Van Vliet 2010, p. 188 e.v.

<sup>34</sup> Sagel & Verhulp 2005, p. 99.

<sup>35</sup> Vgl. Van Staden ten Brink 2005, p. 17 en Sagel 2013, p. 235. Ik wijs ook op Klaassen. Zij schreef: 'De feitenrechters, maar ook de Hoge Raad, spitsen hun oordeel vanzelfsprekend toe op de hen voorgelegde zaak. Hun beslissing kan ook niet anders dan daarop toegespitst zijn. Daarom past voorzichtigheid, in het bijzonder waar het de Hoge Raad betreft, bij het formuleren van algemene regels, hoe zeer de praktijk dit ook aantrekkelijk vindt en de wetenschap de Hoge Raad daartoe ook oproept. De werkelijkheid is diverser dan in abstracto te bedenken valt en in algemene termen geformuleerde beslissingen, uiteindelijk toch geformuleerd tegen de achtergrond van het voorliggende feitencomplex, blijken bij een daarvan afwijkend feitencomplex regelmatig niet goed te passen. En de praktijk blijkt in dit opzicht vaak veel gevarieerder dan wie ook achter zijn of haar pc kan verzinnen.' Klaassen 2012, p. 7.

Hoge Raad van 7 december 2007,<sup>36</sup> welk arrest gaat over aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7:658 BW. Spier schreef:

‘In de doctrine klinkt steeds luider door dat een duidelijke lijn in de rechtspraak op het stuk van aansprakelijkheid krachtens art. 7:658 BW zou ontbreken. Voor zover dat inderdaad het geval mocht zijn, is zulks voor een belangrijk deel het onvermijdelijke gevolg van het wezen van rechtspraak in samenhang met de aard van de materie en de open norm die de hier besproken aansprakelijkheid regeert. Hard and fast rules zouden al spoedig te enge of te ruime aansprakelijkheid in het leven (kunnen) roepen. Uw Raad onthoudt zich daarvan terecht.’

In een aantal in 2012 geschreven conclusies heeft A-G Spier wederom aandacht besteed aan dit aspect. Hij schreef dat het aantal zaken waarin art. 7:658 BW een rol kan spelen, zo groot en vooral ook zo divers is dat het bijkans onmogelijk is om daarvoor hard and fast rules te formuleren die enerzijds voldoende elastisch zijn om te kunnen komen tot rechtvaardige oplossingen in een concreet geval en die anderzijds voor alle gevallen (voldoende) rechtszekerheid bieden. Datzelfde zien we, aldus de A-G, op een veelheid van andere terreinen binnen en buiten het aansprakelijkheidsrecht. Dat is niet de vrucht van tekortkomingen in de rechtspraak, maar van door de wetgever geformuleerde open normen. Dergelijke normen, zo voegde Spier toe, laten nu eenmaal geen hard and fast rules, die in alle gevallen leiden tot volledig voorspelbare uitkomsten, toe.<sup>37</sup>

De Hoge Raad geeft dan ook de voorkeur aan regels waarbij wel ‘een escape’ mogelijk is, zoals bij vuistregels.<sup>38</sup> Hierbij geeft de Hoge Raad, in de woorden van Barendrecht, een regel voor een bepaald gevaltype, waarbij hij aangeeft dat bijzondere omstandigheden ertoe kunnen leiden dat de regel buiten toepassing wordt gelaten.<sup>39</sup> In dit geval zijn onder omstandigheden dus wèl uitzonderingen denkbaar op de door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel.<sup>40</sup> Daar waar een

---

<sup>36</sup> JAR 2008/15.

<sup>37</sup> Zie de conclusies voor de arresten van de Hoge Raad van 19 oktober 2012, JAR 2012/294 en JAR 2012/ 295, welke zaken overigens met toepassing van art. 81 RO werden afgedaan.

<sup>38</sup> Welke door Scholten ook wel als ‘meestal-regels’ zijn aangeduid. Vgl. zijn annotaties onder HR 13 december 1968, NJ 1969, 174 en HR 26 februari 1971, NJ 1971, 270. Vuistregels zijn een tussenvorm, aldus Duk 2009, p. 22. Zie ook Quist 2011, p. 100-101.

<sup>39</sup> Barendrecht 1992, p. 148. Zie ook Asser-Vranken, Vervolg, nr. 95.

<sup>40</sup> Overigens is het niet alleen zo dat de Hoge Raad soms vuistregels formuleert, af en toe geeft hij namelijk aan dat in een bepaald geval juist geen plaats is voor een vuistregel. Een mooi voorbeeld daarvan biedt het arrest van 17 december 2010, JAR 2011/19,



vage norm of onbepaald begrip in een bepaalde feitelijke situatie ‘in het algemeen’, ‘in beginsel’ of ‘als regel’ tot een bepaalde uitkomst leidt, kunnen bijzondere omstandigheden een contra-indicatie opleveren.<sup>41</sup> De rechter die van de vuistregel afwijkt, zal zijn oordeel wel genoegzaam moeten motiveren.<sup>42</sup>

In zijn arrest van 27 juni 2007<sup>43</sup> heeft de Hoge Raad een vuistregel geformuleerd in het kader van de vraag of de particuliere koper van een huis binnen bekwame tijd na het ontdekken van gebreken bij de verkoper heeft geklaagd (vgl. art. 7:23 lid 1 BW). De Hoge Raad oordeelde dat de particuliere koper ‘in beginsel’ de uitslag van onderzoek mag afwachten voordat hij de verkoper ervan in kennis stelt dat het huis niet aan de overeenkomst beantwoordt.<sup>44</sup>

Een andere en nog minder verstrekkende manier waarop de Hoge Raad gemengde beslissingen kan toetsen is het formuleren van gezichtspunten.<sup>45</sup> Daar

---

waarin de vraag aan de orde was of een werknemer die gedetineerd was terecht door ABN AMRO Bank op staande voet ontslagen was. In r.o. 3.4 overwoog de Hoge Raad: ‘Anders dan in de schriftelijke toelichting namens ABN AMRO wordt verdedigd, bestaat geen grond voor aan algemene “subregel” dat werkverzuim als gevolg van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, een dringende reden vormt die ontslag op staande voet rechtvaardigt. Dat geldt evenzeer indien het werkverzuim het gevolg is van een veroordeling wegens een ernstig delict waardoor de werknemer nog geruime tijd gedetineerd blijft.’ Hoewel de Hoge Raad hier spreekt van een ‘algemene subregel’, wordt hiermee bedoeld op een vuistregel in de hierboven bedoelde zin en dus niet op wat hierboven als een harde subregel is omschreven.

<sup>41</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 102. Zie ook Korthals Altes 1981, p. 55.

<sup>42</sup> Hendrikse & Jongbloed 2007, p. 487. Zie ook de Hoge Raad reeds in zijn arrest van 12 oktober 1979, NJ 1980, 117, m.nt. GJS. Zie voorts Wiarda 1978, p. 73. Wiarda schreef dat van de rechter die een beslissing geeft waarin van een vuistregel wordt afgeweken, in het algemeen kan worden gevergd dat hij de grond voor die afwijking in zijn motivering tot uitdrukking brengt. Zie ook Barendrecht 1992, p. 147-148.

<sup>43</sup> NJ 2008, 606.

<sup>44</sup> Vgl. r.o. 3.4.3, eerste alinea, slot. Vgl. hierover ook de NJ-noot van Hijma onder punt 6. Een ander mooi voorbeeld van een vuistregel biedt HR 27 april 2001, NJ 2002, 213, m.nt. JH. De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat de verkeersopvattingen in beginsel meebrengen dat in een geval waarin sprake is van de verkoop van een industrieel vervaardigd product schade ten gevolge van een gebrek in dit product voor rekening van de verkoper komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen. De Hoge Raad vervolgde dat dit slechts anders zal kunnen zijn in geval van, door de verkoper zo nodig te bewijzen, bijzondere omstandigheden. Dergelijke omstandigheden kunnen dus afwijking van de door de Hoge Raad geschetste hoofdregel rechtvaardigen.

<sup>45</sup> Sagel 2012, p. 7. Zie over het onderscheid tussen harde subregels, vuistregels en gezichtspunten ook Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 444 e.v., alsmede Quist 2011, p. 100-102.

waar de ‘omstandigheden van het geval’ bij harde subregels geen rol van betekenis spelen en zij bij vuistregels bij wijze van uitzondering (als contra-indicatie) tot afwijking van de hoofdregel kunnen leiden, zijn de omstandigheden van het geval bij een gezichtspuntencatalogus juist wel van groot belang. Gezichtspuntencatalogi geven namelijk aan welke factoren, de rechter in zijn beschouwing kan of moet betrekken en welke dus relevant (kunnen) zijn voor de beoordeling van de zaak. Ik zal dat aan de hand van de eerder genoemde arresten Kelderluik en Saladin/HBU illustreren.

In het Kelderluik-arrest<sup>46</sup> had de Hoge Raad te oordelen over de aansprakelijkheid van Coca Cola. Zij werd door een bezoeker van café De Munt in Amsterdam aansprakelijk gehouden omdat één van haar medewerkers in het café een gevaarlijke situatie zou hebben veroorzaakt; bij de bevoorrading van het café had de desbetreffende medewerker een luik in de vloer, nabij de toiletten, geopend, zonder het gat af te zetten of anderszins daarvoor te waarschuwen. De bezoeker viel, op weg naar het toilet, in het kelderluik en liep letsel op.

De Hoge Raad oordeelde dat de vraag of sprake is van onrechtmatige gevaarstelling moet worden beoordeeld in het licht van alle omstandigheden van het geval. Aan deze overweging voegde de Hoge Raad toe dat daarbij niet alleen dient te worden gelet op (1) de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op (2) de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op (3) de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en op (4) de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.<sup>47</sup> De Hoge Raad heeft de Kelderluik-criteria in zijn rechtspraak van na 1965 nog veelvuldig toegepast.<sup>48</sup> Ook in de lagere rechtspraak worden de door de Hoge Raad in 1965 geformuleerde gezichtspunten (nog steeds) met grote regelmaat gebruikt bij de beoordeling van (allerlei) aansprakelijkheidsvraagstukken.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> HR 5 november 1965, NJ 1966, 136, m.nt. GJS.

<sup>47</sup> Zie over deze gezichtspunten, alsmede voor verwijzingen naar rechtspraak en literatuur Quist 2010a, p. 5-17.

<sup>48</sup> Zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332, HR 6 november 1981, NJ 1982, 567, HR 18 december 1987, NJ 1988, 350, HR 9 december 1994, NJ 1996, 403, HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175, HR 23 juni 1995, NJ 1995, 730, HR 6 oktober 1995, NJ 1998, 190, HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300, HR 29 november 2002, NJ 2003, 549, HR 26 september 2003, NJ 2003, 660, HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 en HR 7 april 2006, NJ 2006, 244.

<sup>49</sup> Zie voor enkele voorbeelden: Rb. Amsterdam 30 januari 2008, NJF 2009, 47, Rb. Den Bosch 8 april 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BI0731, Ktr. Haarlem 26 november 2008, JA 2009/46, Hof Den Bosch 17 februari 2009, JA 2009/81, Rb. Den Bosch 8 april 2009, JA 2009/82, Rb. Zwolle 22 april 2009, JA 2010/4, Hof Arnhem 26 mei 2009, NJF 2009,

Een tweede voorbeeld van gezichtspuntenrechtspraak uit de jaren zestig van de vorige eeuw is het arrest Saladin/HBU.<sup>50</sup> In deze zaak ging het om de vraag of de Hollandsche Bank-Unie zich op een exoneratiebeding kon beroepen dat was opgenomen in een door de klant ondertekende brief, nu de bank door deze klant aansprakelijk werd gehouden in verband met de nadelige gevolgen van een door de bank gegeven beleggingsadvies. De Hoge Raad overwoog in deze zaak dat het antwoord op de vraag in welke gevallen aan degene, die bij contractueel beding zijn aansprakelijkheid voor bepaalde (ook onrechtmatige) gedragingen heeft uitgesloten, een beroep op dit beding niet vrijstaat, afhankelijk kan zijn van tal van omstandigheden, zoals (1) de zwaarte van de schuld, mede in verband met (2) de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, (3) de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, (4) de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, (5) de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en (6) de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest.<sup>51</sup> Ook deze catalogus is later door de Hoge Raad herhaald<sup>52</sup> en ook in de lagere rechtspraak

---

357, Hof Arnhem 7 juli 2009, NJF 2010, 4, Hof Arnhem 8 september 2009, NJF 2009, 453, Rb. Arnhem 23 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BL0333, Hof Arnhem 23 februari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL6032, Rb. Den Bosch 5 oktober 2011, JA 2011/192, Rb. Utrecht 2 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3428, Rb. Rotterdam 1 februari 2012, JA 2012/85, Rb. Rotterdam 22 februari 2012, JA 2012/98, Rb. Utrecht 21 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY8897 en Rb. Utrecht 14 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ1412. Overigens komen echte 'kelderluik-situaties' in de rechtspraak ook (nog) regelmatig voor. Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 25 juni 1968, NJ 1969, 218, Rb. Rotterdam 21 april 1995, kenbaar uit de annotatie van Lankhorst in A&V 1996/2, Hof Leeuwarden 24 juli 1996, VR 2002/82, Rb. Amsterdam 15 december 1999, VR 2000/96, Rb. Amsterdam 10 juni 2003, VR 2003/174, Rb. Den Haag 25 februari 2004, Prg. 2005/22 en Rb. Amsterdam 27 december 2006, NJF 2007, 241.

<sup>50</sup> HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, m.nt. GJS. Net als de Kelderluik-factoren wordt ook de in Saladin/HBU aangereikte maatstaf nog steeds toegepast, waarover Snijders 2012, p. 773.

<sup>51</sup> Zie voor een uitgebreide bespreking van deze gezichtspuntencatalogus onder andere Rijken 1983. Zie verder ook De Graaf 2006, alsmede Loth & Gaakeer 2005, p. 28.

<sup>52</sup> In het verlengde van Saladin/HBU ligt het arrest van de Hoge Raad van 20 februari 1976, NJ 1976, 486, m.nt. GJS, waarin hij dezelfde gezichtspunten noemt als in het arrest van 19 mei 1967. Verschil is wel dat de Hoge Raad in Saladin/HBU overwoog, dat de vraag of beroep op een exoneratiebeding al dan niet vrijstaat, afhankelijk *kan* zijn van tal van omstandigheden. In het recentere arrest overwoog de Hoge Raad dat het antwoord op die vraag van de genoemde gezichtspunten afhankelijk *is*. Scholten heeft in zijn noot onder dit arrest opgemerkt dat de laatste formulering iets geprononcerder is. Zie voorts HR 16 januari 1987, NJ 1987, 533, m.nt. G, waarin de Hoge Raad ook is ingegaan op de vraag welke partij de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten dient te stellen en, zo nodig, bewijzen.

wordt de vraag of een partij zich op een exonerationclausule kan beroepen vaak aan de hand van de destijds door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten beoordeeld.<sup>53</sup>

Uit deze arresten blijkt dat de omstandigheden van het geval de norm vormen aan de hand waarvan de voorliggende situatie moet worden beoordeeld.<sup>54</sup> Feit en norm vloeien dan ineen. En hiermee is direct geïllustreerd dat en waarom gezichtspuntencatalogi tot gemengde beslissingen leiden. Omdat dit een essentieel aspect van het gebruik van lijsten met relevante omstandigheden is, zal ik dit verder uitwerken.

### **2.2.3 Het ineenvloeien van feiten en normen**

Feiten en normen. Op basis hiervan dient de rechter tot een beoordeling van het aan hem voorgelegde geschil te komen. Maar welke norm is nu van toepassing op de feiten van het desbetreffende geval? Of omgekeerd, welke feiten zijn relevant voor de (uiteindelijk) toe te passen norm?<sup>55</sup>

Een belangrijk deel van de werkzaamheden van de rechter bestaat uit het selecteren, vaststellen en waarderen van de relevante feiten,<sup>56</sup> waarvan het belang nooit mag worden onderschat omdat het altijd de feiten zijn die aanleiding geven tot een bepaald rechtsgeschil.<sup>57</sup> Bij deze bezigheid rijst vanzelfsprekend de vraag hoe nu moet worden beoordeeld welke de relevante feiten zijn. Feiten kunnen namelijk uitsluitend van belang zijn in het kader van een toe te passen norm; voor de ene norm zijn bepaalde feiten van belang, feiten waaraan bij toepassing van een andere norm mogelijk geen gewicht toekomt. Tussen feit en norm bestaat dus een wisselwerking, waarbij men al snel in een cirkel kan belanden.<sup>58</sup> De selectie van de feiten vindt namelijk plaats onder

---

<sup>53</sup> Vgl. bijvoorbeeld Rb. Arnhem 6 november 1980, Prg. 1981/1564, Hof Arnhem 27 mei 1996, NJ 1999, 592 en Rb. Rotterdam 20 december 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ6100. Zie in het kader van de algemene voorwaarden-regeling ook art. 6:233 sub a BW, waarin enkele van de gezichtspunten uit het Saladin/HBU-arrest zijn terug te vinden. Vgl. Hijma 2010, p. 38.

<sup>54</sup> Asser-Vranken, Vervolg, nr. 95.

<sup>55</sup> Zie hierover Loonstra 2011c, p. 172 en 180, waar is geschreven dat feiten geen feiten zijn en normen geen normen, omdat hun betekenis enkel contextueel wordt bepaald en hun inhoud afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

<sup>56</sup> Asser-Vranken, nr. 107.

<sup>57</sup> Pontier 1998, p. 18.

<sup>58</sup> Zie over het begrip hermeneutische cirkel onder andere Van der Werf & Jongbloed 1990, p. 160-161. Zij schreven: '(...) zolang de rechter niet weet welke feiten van belang zijn, kan hij ook niet weten welke regels van belang zijn en omgekeerd: niet weten welke regels van belang zijn betekent in onwetendheid verkeren over welke feiten van belang

invloed van een rechtsregel, terwijl de selectie van de rechtsregel nu juist plaatsvindt onder invloed van de feiten van het geval.<sup>59</sup> De rechter pendelt dus heen en weer tussen de feiten in het procesdossier enerzijds en de materieelrechtelijke normen anderzijds, uiteraard binnen de grenzen van wat hem procesrechtelijk zowel ten aanzien van de feiten als ten aanzien van het juridische beoordelingskader is toegestaan.<sup>60</sup> In de beslissing van de rechter voltrekt zich, zo heeft Vranken beschreven, zijn keuze van de (inhoud van de) norm en zijn selectie, vaststelling en waardering van de relevante feiten. Uiterlijk op dat moment moet de rechter ervoor zorgen dat feiten en normen op elkaar zijn afgestemd, dat ze ‘passen’.<sup>61</sup>

In deze optiek zijn feiten enerzijds en normen anderzijds verschillende grootheden, die uiteindelijk op elkaar moeten worden ‘aangesloten’. Bij toepassing van gezichtspuntencatalogi gebeurt iets anders.<sup>62</sup> Hierboven is reeds vermeld dat feit en norm dan ineenvloeien.<sup>63</sup> Het is met name Vranken geweest die op dit fenomeen heeft gewezen.<sup>64</sup> Hij heeft naar voren gebracht dat het ineen laten vloeien van feiten en normen is wat gezichtspuntencatalogi bij uitstek doen. Zij geven namelijk aan, zo kwam in de inleiding reeds ter sprake, welke feiten relevant zijn en tegelijk formuleren zij maatstaven om de relevante feiten juridisch te beoordelen.<sup>65</sup> Er wordt dan niet beslist over de feiten aan de hand van normen, maar de norm wordt gevormd aan de hand van de feiten, aldus Smith.<sup>66</sup>

Dat klinkt heel aannemelijk, maar is dat ook echt zo? Barendrecht heeft deze vraag ontkennend beantwoord. In zijn proefschrift uit 1992 heeft hij uiteengezet dat gezichtspunten de blik van de rechter richten op bepaalde

---

zijn. De rechter kan dan het gevoel hebben, dat hij zich voorshands in een cirkel bevindt. Dat gevoel wordt wel aangeduid met de hermeneutische cirkel.’ Vgl. voorts Asser-Vranken, nr. 106 e.v., alsmede Van Schilfgaarde 2006, p. 12. Ik wijs voorts op Vranken 2011, p. 50.

<sup>59</sup> Taekema, Gaakeer & Loth 2011, p. 80, Smith 2007, p. 84 en Sagel 2013, p. 347, waar is geschreven dat de (meeste) normen verweven zijn met en afhankelijk zijn van de feiten.

<sup>60</sup> Asser-Vranken, nr. 108. Zie hierover ook Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 31.

<sup>61</sup> Asser-Vranken, nr. 112.

<sup>62</sup> Asser-Vranken, Vervolg, nr. 96.

<sup>63</sup> Zie ook Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 5, waar wordt gesproken over het op elkaar inwerken van feit, norm en rechtsgevolg.

<sup>64</sup> Zie reeds zijn proefschrift uit 1978, waarin hij schreef: ‘Feiten, normen en subjekt zijn geen op zichzelf staande grootheden, die in hun betekenis voor de kennisverwerving los van elkaar kunnen worden beschouwd. Ze zijn onderling verbonden en wel zodanig dat er sprake is van een triadische eenheid.’ Vranken 1978, p. 111.

<sup>65</sup> Vgl. Asser-Vranken, Vervolg, nr. 106.

<sup>66</sup> Smith 2008, p. 205.

soorten omstandigheden. Het zijn suggesties aan de rechter om met name naar bepaalde soorten omstandigheden op zoek te gaan. In die zin helpen gezichtspunten de rechter ergens te beginnen bij het heen en weer kijken van feiten naar normen en zodoende bij het vinden van de juiste norm.<sup>67</sup> Als ik een en ander goed begrijp is Barendrecht van oordeel dat de norm dus niet in de gezichtspuntencatalogus zelf gevonden moet worden.

Ook anderen hebben betoogd dat gezichtspunten geen regels zijn. Zo schreef G.J. Scholten reeds in een noot uit 1977 dat lijsten met relevante omstandigheden slechts ‘gezichtspunten, van belang voor de motivering’ zijn.<sup>68</sup> Scholten heeft er in dit verband op gewezen dat de – in het door hem besproken arrest Bunde/Erckens – genoemde omstandigheden een rol kunnen spelen, maar dat niet gezegd is dat zij ook een rol moeten spelen, laat staan welke rol. Scholten vroeg zich dan ook af of de gezichtspunten als regel wel enige betekenis hebben. Ook Nieuwenhuis heeft beschreven dat de Hoge Raad bij het formuleren van gezichtspunten aanwijzingen geeft voor het oplossen van het voorliggende probleem. Het zijn geen regels, omdat zij daarvoor het typische profiel missen, te weten de koppeling van rechtsgevolgen aan een of meer voorwaarden.<sup>69</sup>

In meer recente literatuur is een ander geluid waar te nemen. Zo spreekt Gras c.s. van een norm met een open profiel, waarbij het rechtsgevolg afhankelijk is van een weging van de omstandigheden van het concrete geval.<sup>70</sup> Korthals Altes en Groen schreven dat gezichtspunten zonder bezwaar in de vorm van een regel kunnen worden geformuleerd.<sup>71</sup> Sommige gezichtspunten zouden hierdoor betrekkelijk concrete regels opleveren. Andere gezichtspunten, zoals bijvoorbeeld ‘de maatschappelijke positie van partijen’ en ‘de aard van de overeenkomst’ zijn echter, aldus Korthals Altes en Groen, ‘uiterst vaag’ en niet meer dan een verwijzingsregel. Daaraan kan worden toegevoegd dat ook niet altijd duidelijk is tot welke regel een bepaald gezichtspunt te formuleren is. Als voorbeeld noem ik ‘de duur van de dienstbetrekking’ in het kader van de vraag

---

<sup>67</sup> Barendrecht 1992, p. 188.

<sup>68</sup> Zie zijn annotatie onder HR 17 december 1976, NJ 1977, 241, onder punt 5.

<sup>69</sup> Nieuwenhuis 1979, p. 92-93. Zie in dit verband ook Van Dijck, die schreef dat gezichtspunten geen regels zijn waaraan personen precies kunnen ‘aflezen’ of ze zich in overeenstemming met de norm gedragen. Van Dijck 2006, p. 125.

<sup>70</sup> Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 444.

<sup>71</sup> Asser-Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 102. Zie ook Korthals Altes 1981, p. 58. Zie Engelhard & Van Maanen 2008, p. 52, waar de uit het Kelderluik-arrest voortvloeiende gezichtspunten tot (vuist)regels zijn geherformuleerd.

of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet.<sup>72</sup> Dit gezichtspunt leidt niet noodzakelijk tot een bepaalde regel. Immers, betoogd zou kunnen worden dat een lang dienstverband de werknemer de nodige ‘bescherming’ moet bieden, maar anderzijds zou kunnen worden gesteld dat de duur van het dienstverband juist maakt dat de werknemer als geen ander op de hoogte was van het reilen en zeilen binnen de onderneming van de werkgever, zodat zijn misstap des te kwalijker is. Tot een eenduidige regel is ‘de duur van de dienstbetrekking’ dan ook niet te (her)formuleren.

Overigens schreef P. Scholten reeds in 1974 dat feiten mede de regel bepalen. Dat is, zo zette hij verder uiteen, in sterkere mate dan gewoonlijk het geval wanneer de rechter de vrijheid is gelaten om ‘naar omstandigheden’, naar ‘billijkheid’ te beslissen. Hoe algemener de term, hoe meer plaats voor individuele beoordeling.<sup>73</sup>

In de literatuur is ook beschreven dat feiten en recht in sommige gevallen niet van elkaar te scheiden zijn. Dat is het geval bij open normen en onbepaalde begrippen, waarvan, zo zal uit onderstaande voorbeelden nog blijken, bij gezichtspuntencatalogi vaak sprake is. Beslissingen aan de hand van open normen en onbepaalde begrippen zijn naar hun aard verstrengeld met de feiten en omstandigheden van het geval, zo heeft Memelink beschreven.<sup>74</sup> De feiten en het recht laten zich bij toepassing van open normen en onbepaalde begrippen niet goed scheiden, aangezien niet zozeer sprake is van toepassing van een regel, maar van weging of waardering van alle omstandigheden onder (invulling van) de norm.<sup>75</sup> De weging van de feiten en omstandigheden van het geval leiden dus tot een concretisering van de open norm, waardoor de gevonden norm en de feiten en omstandigheden onlosmakelijk verstrengeld zijn.<sup>76</sup> P. Scholten schreef in dit kader:

‘... indien de rechter niet een regel formuleert, niet in het algemeen zegt: een handeling als deze is in strijd met de goede zeden, maar verklaart, dat *in de gegeven omstandigheden* de handeling ongeoorloofd is, dan neemt hij de waardering van het feitelijke in de beslissing op: er is geen andere regel dan die van het feitencomplex in zijn geheel.’<sup>77</sup>

<sup>72</sup> Zie over dit gezichtspunt uitgebreid paragraaf 6.3.4.

<sup>73</sup> Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974, nr. 26.

<sup>74</sup> Memelink 2009, p. 50.

<sup>75</sup> Idem, p. 53.

<sup>76</sup> Idem, p. 50.

<sup>77</sup> Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974, p. 9.

### **2.3 Voorbeelden uit de rechtspraak van de Hoge Raad**

De arresten Kelderluik en Saladin/HBU zijn weliswaar alom bekende voorbeelden van vroege uitspraken waarin de Hoge Raad een gezichtspunten-catalogus formuleerde, de enige voorbeelden zijn het zeker niet. Ook na de jaren zestig van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad op verschillende terreinen in het civiele recht gezichtspunten-catalogi geïntroduceerd. Zonder daarbij volledigheid na te streven, noem ik hieronder een aantal voorbeelden uit de civielrechtelijke rechtspraak (het arbeidsrecht uitgezonderd). Hieruit blijkt de variëteit van onderwerpen waarbij gezichtspunten-catalogi voorkomen. Onder de desbetreffende rechtsvraag zal steeds de kernoverweging van de Hoge Raad worden opgenomen, zodat een indruk ontstaat van de verschillende catalogi en de daarin opgenomen gezichtspunten bij de genoemde onderwerpen, waarop in paragraaf 2.4 nader zal worden ingegaan.

Ook zullen enkele voorbeelden worden gegeven van gezichtspunten-catalogi in het burgerlijk procesrecht, het strafrecht en het bestuursrecht.

#### **2.3.1 Burgerlijk recht**

De meeste gezichtspunten-catalogi komen we tegen in de civielrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad. Dat geldt niet alleen voor het arbeidsrecht, dat in hoofdstuk 3 aan de orde zal komen, maar ook voor tal van andere (rechts)gebieden, met name het overeenkomsten- en verbintenissenrecht.<sup>78</sup> Zo formuleerde de Hoge Raad een gezichtspunten-catalogus in het kader van de vraag:

- 1) of tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen indien een voor misverstand vatbare uitdrukking is gebruikt;<sup>79</sup>

Indien partijen die een overeenkomst wensen te sluiten en daarin een voor misverstand vatbare uitdrukking gebruiken, die zij elk in verschillende zin hebben opgevat, hangt het antwoord op de vraag of al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen in beginsel af van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daarin in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid. Daarbij kan onder meer

---

<sup>78</sup> Asser-Vranken, nr. 60. Ik wijs erop dat Assink heeft geschreven dat het fenomeen van de gezichtspunten-catalogus vooral buiten het ondernemingsrecht tot wasdom lijkt te zijn gekomen. Zie Assink 2010, p. 64, voetnoot 93.

<sup>79</sup> HR 17 december 1976, NJ 1977, 241, m.nt. GJS, waarin Scholten ook aandacht besteed aan de verschillende door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten. Ook heeft hij enkele andere mogelijk relevante factoren genoemd.



een rol spelen (1) of de betekenis waarin de ene partij de uitdrukking heeft opgevat meer voor de hand lag dan die waarin de ander haar heeft opgevat (2) of, indien deze uitdrukking een vaststaande technische betekenis heeft, de partij die van deze betekenis is uitgegaan, mocht verwachten dat ook de andere partij deze betekenis zou kennen, (3) of de andere partij zich had voorzien van deskundige bijstand en de wederpartij mocht verwachten dat deze die betekenis kende en die andere partij daaromtrent voorlichtte en (4) of één van de door partijen aan de uitdrukking gehechte betekenissen zou leiden tot een resultaat dat met hetgeen partijen met de overeenkomst beoogden mede goed te rijmen zou zijn.<sup>80</sup>

2) hoe een overeenkomst moet worden uitgelegd;<sup>81</sup>

De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen ze te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn (1) tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en (2) welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

3) of een gemeente aansprakelijk kan worden gehouden voor gedragingen van één van haar wethouders;<sup>82</sup>

De aansprakelijkheid van de gemeente voor achteraf onjuist gebleken uitlatingen – zal behalve van de bewoordingen daarvan – afhangen zowel van de vraag (1) in hoeverre men van de zijde van de gemeente in de gegeven omstandigheden, waaronder de bij de gemeente bestaande mogelijkheden tot nader onderzoek, op de juistheid van deze uitlatingen mocht vertrouwen, als de

---

<sup>80</sup> De in dit arrest en in de navolgende uitspraken aangebrachte nummering van de gezichtspunten is niet van de Hoge Raad, maar door mij toegevoegd, zodat later eenvoudig naar de desbetreffende gezichtspunten kan worden verwezen.

<sup>81</sup> HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, m.nt. CJHB. Dit zogenoemde Haviltex-criterium is op verschillende specifieke overeenkomsten van toepassing verklaard, zoals in HR 3 september 2010, JIN 2010/821, waarin de Hoge Raad oordeelde dat het hof terecht voorop had gesteld dat de uitleg van (een verrekenbeding in) huwelijks voorwaarden aan de hand van de Haviltex-maatstaf dient te geschieden. Zie ook HR 3 september 2010, JIN 2010/860, m.nt. Leuftink.

<sup>82</sup> HR 6 april 1979, NJ 1980, 34, m.nt. CJHB.

vraag (2) in hoeverre van de betreffende uitlatingen in verband met de daaraan verbonden publiciteit al of niet belangrijke schade voor derden als Reuvers te verwachten was, als ook van (3) de mate waarin de betreffende uitlatingen werden gerechtvaardigd door het door de gemeente te behartigen belang van een passende voorlichting van het publiek. Dit een en ander dient in onderling verband te worden gezien. Zo zal naar mate voor een derde als Reuvers een grotere schade verwacht kon worden, ook van de gemeente mogen worden gevegd dat zij een diepgaand onderzoek naar de juistheid van de door haar mee te delen feiten instelde, eer zij deze aan de openbaarheid prijs gaf, terwijl anderzijds niet uitgesloten is dat het belang van een prompte voorlichting door de gemeente als overheid in de gegeven omstandigheden zo dringend was dat van haar niet gevegd kon worden dat zij zich in afwachting van verder onderzoek van het doen van de betreffende mededelingen onthield.

4) of sprake is van onrechtmatige hinder;<sup>83</sup>

Voor zover maximaal toegelaten geluidsniveaus niet bij een wettelijk voorschrift of in de voorwaarden van een hinderwetvergunning zijn voorzien, is overschrijding ervan niet zonder meer een onrechtmatige daad jegens degenen die daar hinder van ondervinden, maar zal de onrechtmatigheid van de hinder mede afhangen van (1) de mate en frequentie van de overschrijdingen, (2) de omvang van de hinder die degene die in rechte over de overschrijding klaagt, ervan ondervindt en (3) de offers die ermee gemoeid zijn om overschrijdingen te voorkomen. Wil een verbod van toekomstige overschrijdingen gerechtvaardigd zijn, dan zal er sprake moeten zijn van een reële dreiging van een hinder van zodanige aard dat deze bij afweging van voornoemde omstandigheden als onrechtmatig jegens de eiser van het rechterlijk verbod kan worden beschouwd.

5) hoever de onderhoudsplicht van een waterschap gaat ter vermijding van het onder water lopen van laag gelegen gronden door verstopping van waterwegen;<sup>84</sup>

Hoever de onderhoudsplicht van het Waterschap gaat ter vermijding van het onder water lopen van laaggelegen gronden door verstopping van waterwegen, hangt van verschillende factoren af, zoals in het bijzonder (1) het aantal, de

---

<sup>83</sup> HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227, m.nt. CJHB en HR 3 mei 1991, NJ 1991, 476. Zie voorts HR 18 september 1998, NJ 1999, 69, m.nt. ARB, welke uitspraak een extra gezichtspunt bevat ten opzichte van het arrest van 3 mei 1991. Deze catalogus is in de loop der tijd dus uitgebreid.

<sup>84</sup> HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332, m.nt. CJHB.

aard en de lengte van de waterwegen waarvan het onderhoud ten laste van het Waterschap komt, (2) het aantal gronden binnen het gebied van het Waterschap, waarvan het Waterschap weet of behoort te weten dat zij door hun lage ligging bijzonder kwetsbaar zijn voor wateroverlast, (3) de middelen – financiële en andere – die het Waterschap voor het nakomen van zijn verplichtingen ten dienste staan en (4) in hoeverre de aan het lage peil van de betreffende grond verbonden bezwaren (mede) veroorzaakt zijn door de eigenaar of gebruiker van die grond. Welke betekenis aan deze en dergelijke factoren in een gegeven geval moeten worden toegekend, zal veelal slechts met behulp van deskundigen kunnen worden vastgesteld, terwijl dienaangaande een zekere marge van beleidsvrijheid aan het Waterschap niet kan worden ontzegd.

- 6) of de verplichting tot het betalen van alimentatie dient te worden beëindigd;<sup>85</sup>

Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat art. 157 lid 3 Boek 1 BW de rechter de bevoegdheid geeft de uitkering tot levensonderhoud die een man aan zijn gescheiden echtgenote verschuldigd is, slechts voor een bepaalde tijd toe te kennen, al of niet in de vorm van een geleidelijke vermindering tot nihil. Dat zal in het algemeen redelijk zijn, wanneer verwacht mag worden dat de vrouw na het einde van de alimentatie op voor haar passende wijze in haar eigen levensonderhoud zal kunnen voorzien door te gaan werken.

Het kan evenwel ook redelijk zijn, wanneer de vrouw het feit dat zij geen werk heeft gevonden of binnen de vastgestelde tijd zal kunnen vinden, aan zichzelf heeft te wijten doordat a. zij heeft verzuimd tijdig passend werk te zoeken of een opleiding daartoe aan te vangen, terwijl dit in de gegeven omstandigheden, gelet op de toen in haar kring bestaande maatschappelijke opvattingen, van haar kon worden gevergd en b. zij, zo zij daartoe wel tijdig was overgegaan, na het einde van de alimentatie in voldoende mate in haar levensonderhoud zou hebben kunnen voorzien. In verband met het ingrijpend karakter van een beëindiging in deze omstandigheden – waardoor het recht van de vrouw op alimentatie in beginsel komt te vervallen, hoewel haar behoefte daaraan is blijven bestaan – zal tot een zodanige beëindiging echter niet mogen worden besloten dan aan de hand van uitdrukkelijk in de motivering van de beschikking te betrekken, in beginsel door de man aan te voeren bijzondere omstandigheden, waaronder speciale aandacht verdienen: (1) de tijdstippen waarop de vrouw, naar mate de verzorging en opvoeding van de kinderen zulks toeliet, geheel of gedeeltelijk op een voor haar – mede gezien haar leeftijd en

---

<sup>85</sup> HR 11 juni 1982, NJ 1983, 595, m.nt. EAAL onder NJ 1983, 596.

eventuele vooropleiding – passende wijze aan het arbeidsproces kon gaan deelnemen of zich daarop door middel van een voor haar geschikte opleiding kon gaan voorbereiden; (2) de mogelijkheden die toen voor passend – zo nodig aanvankelijk in deeltijd te verrichten – werk of voor een geschikte opleiding bestonden ter plaatse waar dit werk of deze opleiding voor de vrouw vanuit haar woonplaats bereikbaar waren; (3) hetgeen toen te dier zake, mede gelet op de maatschappelijk opvattingen in de kring waartoe de vrouw behoorde, van haar kon worden geleverd; (4) de omstandigheid dat, indien de vrouw van de voor haar bestaande mogelijkheden binnen de grenzen van wat van haar geleverd kon worden, gebruik had gemaakt, zij na het einde van de alimentatie in haar eigen levensonderhoud zou hebben kunnen voorzien.

- 7) of een gemeenteraadslid onrechtmatig heeft gehandeld door het aan een dagblad ter beschikking stellen van bepaalde informatie;<sup>86</sup>

Bij deze vraag staan in beginsel twee, ieder voor zich hoogwaardige, maatschappelijke belangen tegenover elkaar: aan de ene kant het belang dat individuele burgers niet door publicaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen; aan de andere kant het belang dat niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving raken kunnen blijven voortbestaan dankzij het onvermogen van de verantwoordelijke overheidsorganen om in een gecompliceerde maatschappij als die waarin wij leven gelijkmatig aandacht te geven aan alle zaken die die aandacht verdienen, nog daargelaten de mogelijkheid van andere factoren die belemmerend kunnen werken op het doen beëindigen van een bepaalde misstand.

Welke van deze twee belangen in een gegeven geval de doorslag behoort te geven, hangt af van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden, en wel, in een situatie als de onderhavige, in het bijzonder de volgende: a. de aard van de gepubliceerde verdenkingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie die verdenkingen betrekking hebben; b. de ernst – gezien vanuit het algemeen belang – van de misstand welke de publicatie aan de kaak beoogd te stellen; c. de mate waarin ten tijde van de publicatie de verdenkingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal; d. de inkleding van de verdenkingen, gezien in verhouding tot de onder a. tot en met c. bedoelde factoren; e. de mate van waarschijnlijkheid dat, ook zonder de verweten publicaties via de pers, in het algemeen belang het nagestreefde doel langs andere, voor de wederpartij minder schadelijke wegen met een redelijke kans op spoedig succes bereikt had kunnen worden; f. een

---

<sup>86</sup> HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801, m.nt. MS.

---

mogelijke beperking van het door de perspublicatie te veroorzaken nadeel voor degene die er door wordt getroffen, in verband met de kans dat het betreffende stuk, ook zonder de verweten ter beschikkingstelling aan de pers, in de publiciteit zou zijn gekomen.<sup>87</sup>

8) of het publiek wordt misleid door een vergelijkende reclame;<sup>88</sup>

Wanneer in reclame-uitingen het eigen product wordt gesteld naast en reeds daardoor wordt vergeleken met een kennelijk soortgelijk, doch ‘anoniem’ product, rijst de vraag of de mededelingen mede betrekking hebben op het product van een bepaalde concurrent en of de mededelingen dienovereenkomstig getoetst moeten worden aan de normen welke mededingers beschermen tegen mededelingen in de concurrentiestrijd waarin zij of hun product afbrekend worden besproken of bij hun reputatie wordt aangehaakt. Voor het beantwoorden van deze vraag is niet beslissend of het publiek, dat van die mededeling kennis neemt, het ‘anonieme’ product voor dat van die concurrent zal houden, maar – naar uit de strekking van evenbedoelde normen moet worden afgeleid – of dat publiek, althans een niet te verwaarlozen gedeelte daarvan, in verband met de bijzonderheden van het geval, de reclameboodschap, voor zover zij betrekking heeft op het ‘anonieme’ product, zal betrekken op het product van de concurrent. Of het publiek dat zal doen, hangt niet enkel en zelfs niet in de eerste plaats af van de mate van gelijkenis tussen het ‘anonieme’ product en dat van de concurrent, maar vooral van de verdere omstandigheden van het geval, zoals (1) dat op de desbetreffende markt slechts een gering aantal ondernemers een belangrijke plaats inneemt of (2) dat diens product bij het publiek zeer bekend is, welke bekendheid kan voortvloeien uit een groot marktaandeel, maar ook uit langdurig en intensief merkgebruik of omvangrijke reclame.

9) of aan een polisvoorwaarde een andere betekenis toekomt dan uit de tekst ervan volgt;<sup>89</sup>

Weliswaar ligt het in het algemeen voor de hand dat, wanneer een dergelijk beding voor meer dan een uitleg vatbaar schijnt, wordt gekozen voor de uitleg die het minst bezwarend is voor de niet-professionele verzekerde, maar het hangt van alle omstandigheden van het geval af of die keuze gerechtvaardigd is.

---

<sup>87</sup> Zie voor een vergelijkbare catalogus HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422, m.nt. EJD. Vgl. ook HR 11 mei 2012, NJ 2012, 530, m.nt. E.A. Alkema.

<sup>88</sup> HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591, m.nt. LWH.

<sup>89</sup> HR 28 april 1989, NJ 1990, 583, m.nt. MMM.

Tot die relevante omstandigheden behoren onder meer (1) de aard van de verzekering en (2) het verzekerde risico, en (3) de eventuele begeleiding van de verzekerde door een deskundig tussenpersoon bij het tot stand komen van de verzekering.

- 10) of een vordering tot nakoming van een op een overheidslichaam rustende verbintenis uit een publiekrechtelijke overeenkomst kan worden toegewezen of dat de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding op grond van onvoorziene omstandigheden;<sup>90</sup>

Het gaat hier om een vordering tot nakoming van een op een overheidslichaam rustende verbintenis uit een – publiekrechtelijke – overeenkomst (...). Niet uitgesloten is dat een zodanige vordering moet worden afgewezen, en de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Dit zal in het bijzonder kunnen worden aangenomen, wanneer voor deze uitkomst in het licht van die omstandigheden – waaronder ook nieuwe niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten die tot een beleidswijziging nopen, kunnen zijn begrepen – voldoende rechtvaardiging bestaat. Daarbij zal onder meer moeten worden gelet op (1) de aard van de overeenkomst, (2) de aard van de overheidstaak op de uitoefening waarvan het overheidslichaam zich beroept en, wanneer het om een beleidswijziging gaat, op (3) de aard en het gewicht van de maatschappelijke belangen die met die beleidswijziging zijn gediend.

- 11) of een overheidslichaam dat bij de uitoefening van een hem bij publiekrechtelijke regeling opgedragen publieke taak kosten heeft gemaakt, deze kosten langs privaatrechtelijke weg kan verhalen;<sup>91</sup>

Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van soortgelijke maatstaven als die welke zijn aanvaard in HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Windmill). Wanneer de publiekrechtelijke regeling niet in beantwoording van de vragen voorziet, is beslissend of kostenverhaal via het privaatrecht die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet onder meer worden gelet op (1) de inhoud en strekking van de regeling (die ook kan blijken uit haar

---

<sup>90</sup> HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673, m.nt. MS.

<sup>91</sup> HR 11 december 1992, NJ 1994, 639, m.nt. MS, waarin de verschillende gezichtspunten aan de orde komen en naast de maatstaven uit het Windmill-arrest (HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393) worden gelegd.

geschiedenis), zulks mede in verband met (2) de aard van de taak en (3) de aard van de kosten. Van belang hierbij is dat, wanneer verhaal van kosten langs publiekrechtelijke weg is uitgesloten, zulks een belangrijke aanwijzing is dat verhaal van kosten langs privaatrechtelijke weg ook is uitgesloten.

- 12) of een afnemer van elektriciteit erop heeft mogen vertrouwen dat de hem door het elektriciteitsbedrijf toegezonden afrekening een eindafrekening is waarin definitief opgave wordt gedaan van de hoeveelheid geleverde elektriciteit, zodat hij er geen rekening mee hoeft te houden dat hem nog een nadere afrekening voor geleverde elektriciteit zou worden toegezonden;<sup>92</sup>

Bij de beantwoording van de vraag of een zodanig geval zich voordoet, moet met alle omstandigheden van het geval worden rekening gehouden zoals (1) de tekst van de afrekening en in het bijzonder de mate waarin daaruit valt af te leiden dat zij een definitief karakter draagt, (2) de mate waarin de afrekening overeenstemt met voorafgaande afrekeningen, (3) de deskundigheid van de afnemer en in verband daarmee diens vermogen om te begrijpen dat de in de afrekening vermelde hoeveelheid geleverde elektriciteit niet juist kon zijn, alsmede (4) een eventueel nadeel voor de afnemer indien hij alsnog zou moeten betalen voor de niet in rekening gebrachte elektriciteit.

- 13) in hoeverre degene die in het kader van de uitvoering van een overeenkomst aan een ander een ongeoorloofde instructie heeft gegeven, die ander mag verwijten dat deze zich aan de instructie heeft gehouden en een ter zake gegeven ambtelijk bevel niet heeft opgevolgd;<sup>93</sup>

Deze vraag moet worden beantwoord naar de omstandigheden van het geval, waaronder (1) de hoedanigheden van de betrokkenen en hun onderlinge verhouding, (2) de aard van de instructie, waarbij van belang kan zijn of zij in alle gevallen als ongeoorloofd moet worden aangemerkt, (3) de aard van het gegeven ambtelijk bevel en (4) de gevolgen van het niet opvolgen daarvan.

---

<sup>92</sup> HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 629, m.nt. PvS, waarin met name op het laatste gezichtspunt (het eventuele nadeel voor de afnemer) wordt ingegaan.

<sup>93</sup> HR 23 februari 1996, NJ 1996, 407.

- 14) of een bestuurder voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW een ernstig verwijt kan worden gemaakt;<sup>94</sup>

Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer (1) de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, (2) de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, (3) de taakverdeling binnen het bestuur, (4) de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, (5) de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen alsmede (6) het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

- 15) of een bank, die van een particuliere klant opdracht tot het uitvoeren van optietransacties ontvangt, aan de zorgplicht heeft voldaan;<sup>95</sup>

De omvang van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder (1) de eventuele deskundigheid van de cliënt, (2) diens inkomens- en vermogenspositie, (3) de vraag of de bank heeft toegezien op naleving van margeverplichtingen en (4) de cliënt daarover regelmatig heeft ingelicht, en (5) de vraag of de bank terstond na het ontstaan van margetekorten aanvullende dekking heeft verlangd.<sup>96</sup>

- 16) of de billijkheid bij verkeersaansprakelijkheid een andere verdeling eist dan uit de causaliteitsafweging voortvloeit;<sup>97</sup>

De 100%- en de 50%-regel zijn door de Hoge Raad (...) ontwikkeld in het kader van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW, een maatstaf waarbij rekening moet worden gehouden met de persoonlijke en maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken (...).

---

<sup>94</sup> HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, m.nt. Ma. Maeijer heeft in zijn annotatie vermeld dat het om een niet-limitatieve opsomming van in aanmerking te nemen omstandigheden gaat.

<sup>95</sup> HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660, m.nt. C.J. van Zeben.

<sup>96</sup> Zie ook HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103, m.nt. C.E. du Perron.

<sup>97</sup> HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214, m.nt. CJHB. Brunner noemt in zijn noot principiële en praktische bezwaren tegen het in aanmerking nemen van vrijwillig afgesloten aansprakelijkheidsverzekeringen.



In die gevallen gaat het om bescherming van kwetsbare groepen van verkeersdeelnemers (voetgangers en fietsers). Met name de afweging van de persoonlijke en maatschappelijke belangen die zijn betrokken bij het geval dat aan de bestuurder letselschade is toegebracht, zal veelal tot een geheel andere uitkomst kunnen leiden dan waartoe de 100%- en de 50%-regel nopen. Overeenkomstige toepassing van deze regels in zodanige gevallen lijkt niet op een breed maatschappelijk draagvlak te kunnen rekenen, zeker als het gaat om letselschade van de bestuurder van het motorrijtuig waartegen deze niet is verzekerd, terwijl de aansprakelijkheidsverzekering van de voetganger/fietsers die schade wel dekt. Derhalve zal steeds van geval tot geval eerst de door art. 6:101 lid 1 geëiste causaliteitsafweging moeten worden gemaakt, waarna de in dat artikel opgenomen billijkheidscorrectie aan de orde kan komen.

Bij de beantwoording van de vraag of de billijkheid – gelet op de persoonlijke en maatschappelijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken – een andere verdeling eist, moet er rekening worden gehouden met (1) de ernst en de mate van verwijtbaarheid van de over en weer gemaakte fouten en met alle andere omstandigheden van het geval, waaronder (2) het al dan niet verzekerd zijn van de eigenaar/bestuurder en de aansprakelijk gestelde fietser/voetganger.

- 17) of een contractant bij de uitvoering van de overeenkomst rekening moet houden met de belangen van derden;<sup>98</sup>

Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen zulks meebrengen, zal de rechter de ter zake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals (1) de hoedanigheid van alle betrokken partijen, (2) de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, (3) de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, (4) de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant

---

<sup>98</sup> HR 24 september 2004, NJ 2008, 587, m.nt. C.E. du Perron. Zie voor het vervolg van deze zaak na verwijzing Hof Amsterdam 19 juni 2008, NJ 2010, 124 en 8 september 2009, NJ 2010, 125, waarover Jongbloed 2010, p. 127 e.v. Het oordeel dat de vraag of een contractant die door wanprestatie schade bij een derde, wiens belangen nauw bij de overeenkomst betrokken waren, veroorzaakt, jegens die derde, onrechtmatig handelt, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, volgt reeds uit HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323 en HR 12 oktober 1979, NJ 1980, 117.

kenbaar was, (5) de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, (6) de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, (7) de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en (8) de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede (9) de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.<sup>99</sup>

- 18) of, indien de herstelkosten van een afgebrande landbouwschuur de waardevermindering overtreffen, van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering;<sup>100</sup>

Is de onrechtmatig beschadigde zaak een gebouw, dan is in beginsel ervan uit te gaan dat de eigenaar daarvan aanspraak erop heeft in de gelegenheid te worden gesteld tot herstel. Zulk herstel kan ook verantwoord zijn indien de daarmee gemoeide kosten het bedrag van de als gevolg van de toegebrachte schade opgetreden waardevermindering overtreffen. Of dat het geval zal zijn, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder (1) de functie van de zaak voor de eigenaar, (2) de mogelijkheid om – aangenomen dat afbraak en herbouw ter plaatse in verband met de daaraan verbonden kosten in ieder geval niet in aanmerking komen – elders een zaak te verwerven die voor wat betreft gebruiksmogelijkheden, ligging, prijs en andere relevante factoren als gelijkwaardig aan de zaak – in onbeschadigde toestand – kan worden beschouwd, alsmede (3) de mate waarin de kosten van herstel in de oude toestand het bedrag van de waardevermindering overtreffen. Omstandigheden als hiervoor aangeduid kunnen meebrengen dat, hoewel de herstelkosten de waardevermindering overtreffen, toch van de getroffen eigenaar in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij, ter wille van de belangen van de schadeveroorzaker, zijn aanspraak beperkt tot het bedrag van de waardevermindering.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> In zijn NJ-annotatie is Du Perron op enkele van deze negen gezichtspunten ingegaan, met name op gezichtspunt nummer 5, dat naar zijn oordeel verkeerd geformuleerd is. Voorts heeft Du Perron naar voren gebracht dat de ernst van de wanprestatie een plaats in de gezichtspuntencatalogus verdient. In zijn proefschrift heeft Du Perron een aantal relevante factoren uitvoerig behandeld, Du Perron 1999, nr. 326 e.v. Zie over deze problematiek ook HR 20 januari 2012, NJ 2012, 59.

<sup>100</sup> HR 7 mei 2004, NJ 2005, 76, m.nt. CJHB.

<sup>101</sup> Volgt verwijzing naar HR 1 juli 1993, NJ 1995, 43.

- 19) of sprake is van een schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen;<sup>102</sup>

Als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met (1) de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en (2) met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn (3) of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, (4) in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen.

- 20) of de externe controlerende accountant heeft gehandeld in overeenstemming met de van hem te vergen mate van zorg;<sup>103</sup>

Bij de beantwoording van de vraag of de externe controlerende accountant heeft gehandeld in overeenstemming met de van hem in het concrete geval te vergen mate van zorg, komt het aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Daarbij zal moeten worden onderzocht (1) of en in hoeverre in nationale of Europese regelgeving neergelegde (dwingende) voorschriften omtrent de vervulling van die taak (...) zijn nageleefd. Voorts behoren tot de in de beoordeling te betrekken factoren (2) de aard van de geschonden norm en (3) de ernst van een geconstateerde schending daarvan (4) de door de accountant wel getroffen maatregelen of verschaft informatie, (5) de mate waarin het gevaar van schade door aantasting van de in het geding zijnde vermogensbelangen voor de accountant redelijkerwijs voorzienbaar was en (6) mede in verband daarmee, of die (controle)maatregelen zijn genomen en die waarschuwingen zijn gegeven die in de gegeven omstandigheden

---

<sup>102</sup> HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467, m.nt. B. Wessels onder JOR 2006, 31.

<sup>103</sup> HR 13 oktober 2006, JOR 2006, 296, m.nt. H. Beckman, alsmede JA 2006/142, m.nt. W.H. van Boom.

redelijkerwijze van de accountant konden worden geleverd ter voorkoming van dit gevaar.<sup>104</sup>

- 21) of de rechter gebruik mag maken van de matigingsbevoegdheid van art. 6:94 lid 1 BW;<sup>105</sup>

De in deze bepaling opgenomen maatstaf dat voor matiging slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, brengt mee dat de rechter pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik mag maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op (1) de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op (2) de aard van de overeenkomst, (3) de inhoud en de strekking van het beding en (4) de omstandigheden waaronder het is ingeroepen.<sup>106</sup>

- 22) met welke voortvarendheid een koper aan zijn onderzoeksplicht dient te voldoen, alsmede de vraag of bij een niet-consumentenkoop de kennisgeving dat het gekochte niet aan de overeenkomst beantwoordt, binnen bekwame tijd is geschied;<sup>107</sup>

Wat betreft de termijnen die de koper ten dienste staan voor de nakoming van zijn uit art. 7:23 BW voortvloeiende onderzoeks- en mededelingsplicht heeft het volgende te gelden. De lengte van de termijn voor de onderzoeksplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit onderzoek dient, gelet op de door art. 7:23 lid 1 BW beschermde belangen van de verkoper, door de koper te worden ingesteld en uitgevoerd met de voortvarendheid die gelet op de omstandigheden van het geval in redelijkheid van hem kan worden geleverd. In dat verband kunnen onder meer van belang zijn (1) de aard en

---

<sup>104</sup> In zijn conclusie voor dit arrest concludeerde A-G Timmerman dat het er om gaat of de accountant in redelijkheid bij de jaarrekening een goedkeurende verklaring heeft kunnen afleggen en dat deze norm aan de hand van verschillende gezichtspunten moet worden ingevuld, zoals de ernst en aard van het vergrijp en van de risico's, de aard van de relatie van de accountant met de derde en de professionele accountantsstandaarden.

<sup>105</sup> HR 27 april 2007, NJ 2007, 262.

<sup>106</sup> Zie in gelijke zin HR 13 juli 2012, NJ 2012, 459, in welk arrest de Hoge Raad aan de gezichtspuntencatalogus toevoegde dat de omstandigheden van het geval uiteindelijk beslissend zijn en dat niets de rechter verhindert in dat verband gewicht toe te kennen aan de hoedanigheid van partijen.

<sup>107</sup> HR 29 juni 2007, NJ 2008, 606, m.nt. Jac. Hijma. Zie ook HR 25 maart 2011, NJ 2013, 5, m.nt. Jac. Hijma. Vgl. over deze arresten Rampersad & Van der Weide 2011, p. 320 e.v.

waarneembaarheid van het gebrek, (2) de wijze waarop dit aan het licht treedt en (3) de deskundigheid van de verkoper.

Wat betreft de lengte van de termijn om te voldoen aan de mededelingsplicht is voor het geval van consumentenkoop in de derde zin van art. 7:23 lid 1 BW bepaald dat kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking tijdig is. In het geval van een niet-consumentenkoop dient de vraag of de kennisgeving binnen bekwame tijd is geschied te worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waaronder (1) het antwoord op de vraag of de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de in acht genomen klachttermijn. Een vaste termijn kan daarbij niet worden gehanteerd, ook niet als uitgangspunt.<sup>108, 109</sup>

- 23) wat de reikwijdte is van de op een professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten rustende bijzondere zorgplicht;<sup>110</sup>

De reikwijdte van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder (1) de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij (2) de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's en (3) de regelgeving tot nakoming waarvan de effecteninstelling is gehouden, met inbegrip van de voor haar geldende gedragsregels.

De rechtsopvatting waarvan deze vooropstelling van het hof blijkt geeft, is juist.

---

<sup>108</sup> In zijn noot bij dit arrest heeft Hartlief erop gewezen dat de Hoge Raad zijn best heeft gedaan een algemeen, en dus niet tot bepaalde goederen of verhoudingen beperkt, regime te formuleren. De prijs daarvan is dat het antwoord rijkelijk vaag en tamelijk weinigzeggend is. Naar het oordeel van Hartlief is het evident dat men hierdoor weinig houvast krijgt, waarbij geldt dat ook het aanwijzen van diverse factoren dan nauwelijks helpt. Ook heeft de nootschrijver zich afgevraagd of iedereen wel meteen met deze gezichtspunten kan 'spelen', in welk verband Hartlief gewezen heeft op het feit dat de artt. 6:89 en 7:23 BW zo sterk in de sleutel van rechtszekerheid staan. Zie Hartlief 2008a, p. 366-367.

<sup>109</sup> Zie voor toepassing van de door de Hoge Raad genoemde criteria in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld het arrest van het Hof Den Bosch van 26 mei 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BQ4232.

<sup>110</sup> HR 5 juni 2009, JA 2009/116. In gelijke zin HR 5 juni 2009, JA 2009/118 (r.o. 4.6.2), m.nt. Van Boom. Zie voor een iets beperkter catalogus HR 5 juni 2009, JA 2009/117, onder r.o. 4.8.4. Vgl. over deze problematiek Van der Woude 2011, p. 405 e.v.

- 24) of van een bank, die een aandelenemissie begeleidt (en optreedt als syndicaatsleider), kan worden geveegd dat deze in het openbaar reageert op berichten in de media waaruit blijkt dat een onjuist beeld, verwarring of onduidelijkheid bestaat ten aanzien van een relevant aspect van de emissie;<sup>111</sup>

Indien het onjuiste beeld, dan wel de verwarring of onduidelijkheid, een voor potentiële beleggers relevante kwestie betreft en in het leven is geroepen door uitlatingen (buiten het prospectus) van of namens dan wel toerekenbaar aan de uitgevende instelling, zal het echter, omdat de uitlatingen niet van de syndicaatsleider zelfs afkomstig zijn, van de verdere omstandigheden van het geval afhangen of in reactie daarop een openbare mededeling van de syndicaatsleider, gelet op de door deze in acht te nemen zorgvuldigheid, geveegd mag worden. Daarbij zijn onder meer van belang (1) het onderwerp waarover de verwarring of onduidelijkheid is ontstaan, (2) de mate waarin verwarring of onduidelijkheid in de desbetreffende markt heerst en (3) de vraag of de syndicaatsleider – bijvoorbeeld door het geven van instructies aan de uitgevende instelling – had kunnen voorkomen dat de verwarrende uitlatingen werden gedaan.

- 25) of sprake is van een afwijken (in de zin van art. 6:225 lid 1 BW)<sup>112</sup> van een koopoptie;<sup>113</sup>

Het hof heeft kennelijk tot uitgangspunt genomen dat het stellen van nadere (niet uitdrukkelijk door partijen overeengekomen), voorwaarden bij het uitoefenen van een koopoptie niet zonder meer impliceert dat daardoor van de optie wordt afgeweken met het in art. 6:225 lid 1 BW genoemde rechtsgevolg. Dit uitgangspunt is juist. Of van een afwijken van een koopoptie sprake is zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, waaronder (1) de inhoud en strekking van de optie en van de overeenkomst waarin zij is opgenomen en (2) hetgeen daaruit voortvloeit ten aanzien van de uitoefening van de optie.

- 26) of binnen bekwame tijd (in de zin van art. 6:89 BW) is geprotesteerd;<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> HR 27 november 2009, JOR 2010, 43, m.nt. K. Frielink.

<sup>112</sup> Dat bepaalt: Een aanvaarding die van een aanbod afwijkt, geldt als een nieuw aanbod en als verwerping van het oorspronkelijke.

<sup>113</sup> HR 23 april 2010, NJ 2010, 244.

<sup>114</sup> HR 8 oktober 2010, NJ 2010, 545.

Het hof heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat voor het antwoord op de vraag of tijdig is geprotesteerd in de zin van art. 6:89 BW, acht moet worden geslagen op alle relevante omstandigheden, waaronder (1) het nadeel als gevolg van het verstrijken van de tijd totdat tegen de afwijking is geprotesteerd, en in elk geval ook op (2) de waarneembaarheid van de afwijking, (3) de deskundigheid van partijen, (4) de onderlinge verhouding van partijen, (5) de aanwezige juridische kennis en (6) de behoefte aan voorafgaand deskundig advies.<sup>115</sup>

- 27) of een bestuursorgaan ex art. 6:162 BW aansprakelijk is wegens overschrijding van de wettelijke beslistermijn;<sup>116</sup>

De enkele omstandigheid dat een bestuursorgaan een besluit neemt met overschrijding van de wettelijke beslistermijn, is onvoldoende voor het oordeel dat aldus onrechtmatig wordt gehandeld in de zin van art. 6:162 BW. Daarvoor zijn bijkomende omstandigheden nodig die meebrengen dat het bestuursorgaan, door pas na het verstrijken van de wettelijke beslistermijn een besluit te nemen, in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer jegens een belanghebbende in acht te nemen zorgvuldigheid. Daarbij kunnen onder meer van belang zijn (1) de mate waarin de beslistermijn wordt overschreden, (2) de oorzaak of oorzaken van de termijnoverschrijding, en (3) de voor het bestuursorgaan kenbare belangen van de betrokken belanghebbenden.

- 28) of sprake is van een gebrekkige toestand in de zin van art. 6:174 BW;<sup>117</sup>

Het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrekkige toestand hangt af van verschillende omstandigheden, waaronder (1) de aard van de opstal (bijvoorbeeld een voor publiek toegankelijk gebouw of werk of een gesloten huis of werk op besloten terrein, vgl. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 755), (2) de functie van de opstal, (3) de fysieke toestand van de opstal ten tijde van de verwezenlijking

---

<sup>115</sup> Zie ook HR 8 februari 2013, JOR 2013, 107. In dit arrest herhaalde de Hoge Raad dat voor het antwoord op de vraag of tijdig is geprotesteerd in de zin van art. 6:89 BW, acht moet worden geslagen op alle relevante omstandigheden. Tot die omstandigheden behoren, zo vervolgde de Hoge Raad, onder meer de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de betrokken prestatie en de aard van het gestelde gebrek. Zie ook HR 8 februari 2012, JOR 2012, 106.

<sup>116</sup> HR 22 oktober 2010, NJ 2011, 6, m.nt. M.R. Mok.

<sup>117</sup> HR 17 december 2010, NJ 2012, 155, m.nt. Hartlief. A-G Spier heeft in zijn conclusie voor dit arrest (onderdeel 6.31 e.v.) uit de parlementaire geschiedenis, rechtspraak en literatuur een (niet-limitatieve) catalogus van omstandigheden gedistilleerd die kan worden toegepast bij de vraag of een opstal voldoet aan de daaraan te stellen eisen.

van het gevaar en (4) het van de opstal te verwachten gebruik door derden (vgl. HR 17 november 2000, nr. C99/016, LJN AA8364, NJ 2001/10). Voorts dient in aanmerking te worden genomen (5) de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar (...), alsmede, zo kan uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid (Parl. Gesch. Boek 6, blz. 756), (6) de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Daarbij kan voor het geval de aansprakelijkheid op een overheidslichaam rust mede betekenis toekomen aan (7) de hem toekomende beleidsvrijheid en ter beschikking staande financiële middelen (vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1394, met betrekking tot de eveneens op art. 6:174 berustende aansprakelijkheid van een wegbeheerder).

- 29) of een bewaargever – ondanks het bepaalde in art. 6:175 lid 2 BW – op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk is wegens een in zijn eigen onrechtmatig handelen of nalaten gelegen schending van een op hem rustende zorgplicht met betrekking tot de in bewaring gegeven gevaarlijke stof;<sup>118</sup>

Of de bewaargever in dat opzicht heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt door na te laten de zorg te betrachten die in de gegeven situatie van hem mocht worden verlangd, hangt af van een weging van alle relevante omstandigheden van het geval. Deze afweging dient te geschieden in het licht van de aard van de onderhavige zorgplicht welke erop is gericht zoveel mogelijk te voorkomen dat het aan de in bewaring gegeven stof inherente gevaar van ernstige aard voor personen of zaken zich verwezenlijkt. Daarbij moet in het bijzonder acht worden geslagen op (1) de kans op schade, (2) de aard en ernst van de eventuele schade en (3) de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen, maar ook op (4) de bij de bewaargever als beroeps- of bedrijfsmatig gebruiker aanwezig te achten kennis van: (a) de geldende veiligheidsvoorschriften voor opslag van de bewuste stof, (b) de specifieke overtredingen van die veiligheidsvoorschriften, (c) de kans op verwezenlijking van het aan de stof inherente bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken als gevolg van die overtredingen, (d) andere aldaar opgeslagen stoffen en de gevaren die (kunnen) ontstaan als de stoffen met elkaar in aanraking komen, (e) de opslagmethoden, nodig om een aan de gehanteerde wijze van opslaan verbonden gevaar te kunnen onderkennen, (f) de redelijkerwijs te treffen maatregelen om de verwezenlijking van de hiervoor genoemde gevaren te voorkomen, (g) de mate van urgentie van het treffen van

---

<sup>118</sup> HR 29 april 2011, NJ 2011, 406, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.



zodanige maatregelen en (h) het tijdsbestek waarbinnen zij zouden kunnen worden gerealiseerd.

- 30) of en zo ja, onder welke voorwaarden een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan kan worden opgezegd;<sup>119</sup>

Het gaat te dezen om de opzegging van een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan. Of en, zo ja, onder welke voorwaarden zo'n overeenkomst opzegbaar is, wordt bepaald door de inhoud daarvan en door de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen. Indien, zoals hier, wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging, geldt dat de overeenkomst in beginsel opzegbaar is. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen in verband met (1) de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat (HR 3 december 1999, LJN AA3821, NJ 2000/120). Uit diezelfde eisen kan, eveneens in verband met (2) de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, voortvloeien dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding.

- 31) of, in een geval waarin partijen een gemengde huurovereenkomst voor woonruimte en bedrijfsruimte (zowel in de zin van art. 7:230a BW als art. 7:290 BW) hebben gesloten, het mogelijk is die overeenkomst te splitsen in afzonderlijke huurovereenkomsten voor de verschillende categorieën ruimten;<sup>120</sup>

Voor de beantwoording van die vraag dient de rechter acht te slaan op alle omstandigheden van het geval, waaronder (1) het gebruik dat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan, (2) het gebruik dat thans van het gehuurde wordt gemaakt, (3) de inrichting van het gehuurde in relatie tot dat gebruik, en (4) de gevolgen van een eventuele splitsing voor het (overeengekomen en feitelijk) gebruik door de huurder.

### 2.3.2 Andere rechtsgebieden

Niet alleen in het (materiële) burgerlijk recht komen we in de rechtspraak van de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi tegen, ook op andere terreinen van het recht

<sup>119</sup> HR 28 oktober 2011, NJ 2012, 685, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

<sup>120</sup> HR 10 augustus 2012, RvdW 2012, 1042.

zijn lijsten met relevante factoren niet geheel onbekend. Hieronder zal ik enkele voorbeelden noemen.

### **2.3.2.1 Burgerlijk procesrecht**

Ook in het burgerlijk procesrecht wordt het antwoord op een bepaalde vraag regelmatig afhankelijk gesteld van de omstandigheden van het geval. In enkele arresten heeft de Hoge Raad ook aangegeven aan welke feiten en omstandigheden daarbij kan worden gedacht. Zo formuleerde hij een gezichtspunten-catalogus in zijn arrest van 9 juli 2004,<sup>121</sup> waarin de vraag aan de orde was of een bewijsaanbod gedaan door één van de bij de procedure betrokken partijen wel voldoende specifiek is. Te dien aanzien oordeelde de Hoge Raad dat het antwoord op die vraag afhangt van de omstandigheden van het geval, waarbij de rechter, mede in verband met de eisen van een goede procesorde, zal moeten letten op (1) de wijze waarop het processuele debat zich heeft ontwikkeld en (2) het stadium waarin de procedure verkeert.<sup>122</sup>

Een ander voorbeeld biedt het arrest van 24 november 1995,<sup>123</sup> waarin de vraag aan de orde was of het leggen van conservatoir beslag als vexatoir en daarom als onrechtmatig moest worden aangemerkt. De Hoge Raad oordeelde dat het antwoord op die vraag in beginsel moet worden beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging, waaronder (1) de hoogte van de te verhalen vordering, (2) de waarde van de beslagen goederen en (3) de eventueel onevenredig zware wijze waarop de schuldenaar door het beslag op één van die goederen in zijn belangen wordt getroffen.

### **2.3.2.2 Strafrecht**

In het strafrecht zijn gezichtspuntencatalogi bepaald niet zo'n gemeengoed als dat in het burgerlijk recht is. Toch is dit fenomeen ook in het strafrecht niet geheel onbekend. Voor een voorbeeld wijs ik op het arrest van de Hoge Raad van 1 juni 2004,<sup>124</sup> waarin werd overwogen dat in cassatie slechts kan worden onderzocht of de schuld aan een verkeersongeval in de zin van art. 6 WVV 1994, in het onderhavige geval de bewezen verklaarde aanmerkelijke onoplettendheid en/of onachtzaamheid, uit de door het hof gebezigde bewijs-

---

<sup>121</sup> HR 9 juli 2004, NJ 2005, 270, m.nt. DA. Zie ook de noot van G.R. Rutgers in AA 54 (2005) 4, p. 270-275.

<sup>122</sup> Zie over deze catalogus Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009, nr. 209, Wendels/Snijders 2009, nr. 207, alsmede Thoe Schwartzberg 2008, p. 117.

<sup>123</sup> NJ 1996, 161.

<sup>124</sup> NJ 2005, 252. Zie ook HR 17 januari 2006, NbSr 2006, 47.

middelen kan worden afgeleid. Daarbij komt het aan op het geheel van gedragingen van de verdachte, de aard en ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval. De Hoge Raad vervolgde dat dit meebrengt dat in zijn algemeenheid niet valt aan te geven of één verkeersovertreding voldoende kan zijn voor de bewezenverklaring van schuld in de zin van art. 6 voornoemd. Daarvoor zijn immers verschillende factoren van belang, zoals (1) de aard en de concrete ernst van de verkeersovertreding en (2) de omstandigheden waaronder die overtreding is begaan.<sup>125</sup> Deze catalogus komen we in de lagere strafrechtspraak regelmatig tegen.<sup>126</sup>

Een ander – en wat ouder – voorbeeld biedt het arrest van de strafkamer van de Hoge Raad van 21 oktober 2003.<sup>127</sup> In dit arrest ging het om de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Blijkens de wetsgeschiedenis, zo overwoog de Hoge Raad, kan een rechtspersoon (in de zin van art. 51 Sr.) worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan de rechtspersoon kan worden toegerekend. Het antwoord op de vraag wanneer een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend is, zo vervolgde de Hoge Raad, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Een algemene regel laat zich dus bezwaarlijk formuleren. Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is nochtans of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden

<sup>125</sup> Vgl. over deze lijst met factoren De Hullu 2010, p. 229.

<sup>126</sup> Zie voor een voorbeeld het vonnis van de Rechtbank Roermond van 10 december 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BO6885.

<sup>127</sup> NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis. Mevis heeft signaleerd dat sprake is van een vorm van rechtsvinding en rechtsontwikkeling die als zodanig vooral in het civiele recht voorkomt. De nootschrijver heeft opgemerkt dat zo'n open model aantrekkelijke kanten heeft omdat daarmee gemakkelijk kan worden ingespeeld op de feitelijke verhoudingen in het economisch en maatschappelijk verkeer. Mevis heeft ook de nodige kritiekpunten naar voren gebracht, waarvan er vele terugkomen bij de bespreking van de in de (civielrechtelijke) literatuur besproken kritiekpunten (in paragraaf 2.7.2). In de eerste plaats heeft Mevis de vraag gesteld of de door de Hoge Raad genoemde factoren onderling niet te verschillende criteria zijn die zonder verband of hiërarchie worden geponeerd. Bovendien kunnen de gezichtspunten elkaar ook tegenwerken c.q. opheffen en welke dan beslissend is, is onduidelijk. Mevis heeft er ook op gewezen dat de Hoge Raad een breed en open kader uit heeft gezet waarmee met name de feitenrechter aan de slag kan, maar waarmee hij ook 'op de loop kan gaan'. Mevis vervolgde dat als we de hoop mogen koesteren dat de Hoge Raad de feitenrechter tot op zeker hoogte zal dwingen de formule uit het arrest adequaat gemotiveerd te gebruiken, het arrest ook een aanzet kan zijn tot nadere verfijning en uitwerking in lagere jurisprudentie, waardoor het arrest eerder het begin van een ontwikkeling is.

toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal, aldus nog steeds de Hoge Raad, sprake kunnen zijn indien zich één of meer van de volgende omstandigheden voordoet: (1) het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon, (2) de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon, (3) de gedraging de rechtspersoon dienstig is geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf en (4) de rechtspersoon erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon werd aanvaard of placht te worden aanvaard.

### **2.3.2.3 Bestuursrecht**

Ook in de rechtspraak van de CRvB treffen we gezichtspuntencatalogi aan. Een voorbeeld daarvan levert de uitspraak van 25 maart 2009.<sup>128</sup> In deze zaak had een leerkracht basisonderwijs het UWV verzocht om toekenning van een WAO-uitkering. Het UWV had dit geweigerd, tegen welk besluit de leerkracht bezwaar aantekende. Daarna volgde een lange bestuursrechtelijke procedure, waarin de CRvB op 25 maart 2005 oordeelde dat het UWV een nieuw besluit op bezwaar moest nemen. Ook tegen dat nieuwe besluit is de leerkracht opgekomen en dat heeft (uiteindelijk) geresulteerd in de uitspraak van de CRvB van 25 maart 2009, derhalve precies vier jaar na de datum van de eerste uitspraak van de Raad.

In de tweede procedure heeft de leerkracht verzocht om schadevergoeding in verband met overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in art. 6 EVRM.<sup>129</sup> In dat kader overwoog de CRvB dat de vraag of de hier bedoelde redelijke termijn is overschreden moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij zijn van betekenis: (1) de ingewikkeldheid van de zaak, (2) de wijze waarop de zaak door het bestuursorgaan en de rechter is behandeld, (3) het processuele gedrag van appellante gedurende de hele procesgang en (4) de aard van de maatregel en het daardoor getroffen belang van appellante.

De CRvB heeft deze catalogus van relevante factoren overigens niet zelf ontwikkeld, maar heeft deze ontleend aan rechtspraak van het EHRM, zoals

---

<sup>128</sup> JB 2009/138, mt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. In dezelfde zin CRvB 12 maart 2009, JB 2009/135.

<sup>129</sup> Zie over deze problematiek Barkhuysen & Van Ettekoven 2009, p. 129 e.v., alsmede De Haan/Drupsteen/Fernhout/Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1437-1438.

bijvoorbeeld het arrest van 29 maart 2006.<sup>130</sup> Dat de Europese rechter ook voor het arbeidsrecht relevante gezichtspuntencatalogi heeft geformuleerd, zal blijken in paragraaf 3.2.3.8, waar de overgang van onderneming aan de orde komt. Het gaat hier overigens wel om rechtspraak van het HvJEG, en niet van het EHRM.

#### **2.3.2.4 Niet in alle rechtsgebieden gewaardeerd**

Het invullen van vage normen aan de hand van de omstandigheden van het geval wordt niet in ieder rechtsgebied gewaardeerd. Ik wijs in dit kader op het arrest van de Hoge Raad van 31 januari 2003.<sup>131</sup> Bij het bepalen van de internationale rechtsmacht overwoog de Hoge Raad, na een prejudiciële vraag aan het HvJEG te hebben voorgelegd, dat bij de vaststelling van de plaats waar de werknemer het grootste gedeelte van zijn arbeidstijd heeft doorgebracht, rekening dient te worden gehouden met alle omstandigheden van het concrete geval. In zijn annotatie liet De Boer zich kritisch over deze uitspraak uit. Hij schreef:

‘Criteria als “de belangrijkste werkzaamheden”, “hoofdzakelijk”, “het werkelijke centrum” of “het grootste gedeelte van de arbeidstijd” vereisen een afweging van concrete omstandigheden die zich slecht verdraagt met de rechtszekerheid waarnaar juist in het formele i.p.r. gestreefd moet worden. Open normen passen niet in een internationale bevoegdheidsregeling.’

Kennelijk wil De Boer hier zeggen dat het (formele) internationaal privaatrecht gebaat is bij ‘hard and fast rules’. Die creëren namelijk meer duidelijkheid dan gezichtspunten.

#### **2.4 De gezichtspunten(catalogi) nader beschouwd**

Zo op het eerste gezicht lijken de in paragraaf 2.3.1 genoemde catalogi op zichzelf staande lijsten met gezichtspunten te zijn. Voor sommige is dat inderdaad het geval; de genoemde factoren zijn zo specifiek voor de desbetreffende rechtsvraag dat het lastig is om daar een ruimere betekenis aan toe te kennen of waarde aan te hechten. Dat geldt bijvoorbeeld voor de uitspraken onder nummer 6, 8, 14, 17, 18, 23, 24, 29 en 31. Nadere bestudering van de genoemde gezichtspuntenuitspraken leert echter dat er wel degelijk ook bepaalde lijnen te ontwaren zijn. Dat geldt niet alleen voor de door de Hoge Raad gebruikte formuleringen, maar ook voor het soort zaken waarin

---

<sup>130</sup> JB 2006/134, m.nt. AMLJ.

<sup>131</sup> NJ 2005, 337.

gezichtspuntencatalogi worden gebezigd en het soort gezichtspunten dat wordt genoemd. Deze verschillende facetten zullen hieronder nader worden belicht.

#### **2.4.1 Verschillende soorten gezichtspuntencatalogi**

##### **2.4.1.1 Geen limitatieve catalogi ...**

Allereerst is van belang dat de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogi niet limitatief, maar enuntiatief zijn.<sup>132</sup> De gezichtspunten wijzen op aspecten die met andere kunnen worden aangevuld. Dat volgt in de eerste plaats uit het feit dat voorafgaand aan de lijst met relevante factoren vaak is overwogen dat *alle* omstandigheden van het geval van belang zijn. Indien vervolgens een limitatieve opsomming van gezichtspunten zou worden geformuleerd en andere dan de genoemde omstandigheden niet aan de orde kunnen komen, is dat niet te rijmen met de verwijzing naar *alle* omstandigheden van het geval.

Bovendien bevatten de gebruikte woorden tussen de overweging dat alle omstandigheden van het geval van belang zijn en de lijst met gezichtspunten relevante informatie. Een goed voorbeeld is de catalogus die de Hoge Raad formuleerde in het arrest Schrijver/Van Essen, waarin het ging om de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet.<sup>133</sup> De Hoge Raad overwoog dat bij de beantwoording van die vraag in de eerste plaats in de beschouwing behoren te worden betrokken de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. De woorden ‘onder meer’ en ‘zoals’<sup>134</sup> duiden er op dat deze lijst van gezichtspunten niet limitatief is en dat andere relevante omstandigheden denkbaar zijn.<sup>135</sup> Een vergelijkbare aanwijzing bevat de

---

<sup>132</sup> Zie hierover ook Korthals Altes 1981, p. 56.

<sup>133</sup> HR 12 februari 1999, JAR 1999/102.

<sup>134</sup> Zie hiervoor ook de uitspraken onder nummer 1, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 17, 18, 22, 24 en 27. Ook wordt wel het woord ‘waaronder’ gebruikt. Ik wijs in dit kader op de uitspraken 3, 6, 13, 15, 16, 18, 22, 23, 25, 26, 28 en 31.

<sup>135</sup> In de praktijk wordt ook met enige regelmaat aandacht aan andere dan in de gezichtspuntencatalogus genoemde factoren besteed. Zie hierover de conclusie van A-G Wissink voor HR 26 november 2010, RvdW 2010, 1412, voor wat betreft de doorbreking van de absolute verjaringstermijn van art. 3:310 BW en Quist 2007a, p. 35 e.v. voor wat betreft ontslag op staande voet.

overweging dat ‘mede’ de genoemde factoren van belang zijn. Zie in dit verband bijvoorbeeld ook de hierboven genoemde uitspraken onder nummer 2 en 4.

Het is overigens zeer begrijpelijk en ook zinvol dat de Hoge Raad geen limitatieve catalogi formuleert. Dat zou namelijk tot verstarring van de rechtsontwikkeling leiden. Zeker in zaken waarin de concrete omstandigheden van het geval beslissend zijn voor het oordeel van de rechter, is voor de Hoge Raad niet te overzien welke omstandigheden mogelijk relevant (kunnen) zijn; de praktijk is vaak namelijk weerbarstiger dan men kan vermoeden.<sup>136</sup> Uit de formulering dat alle omstandigheden van belang zijn, blijkt ook dat er op voorhand geen omstandigheden worden uitgesloten. Partijen kunnen wat dat aangaat dus creatief zijn.

Soms wordt in de lagere rechtspraak wel eens voorbij gegaan aan het feit dat geen sprake is van een limitatieve opsomming. In dit verband wijs ik op het vonnis van de Rechtbank Den Bosch van 25 april 2007.<sup>137</sup> De rechtbank overwoog dat het in het leven roepen van een gevaarzettende situatie, bij verwezenlijking van dat gevaar, kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, indien is voldaan aan de criteria die door de Hoge Raad zijn geformuleerd in het Kelderluik-arrest van 5 november 1965.<sup>138</sup> Afgezien van het feit dat de Kelderluik-factoren geen criteria zijn waaraan wel of niet is voldaan, maar die een nadere inkleuring en afweging vergen, ziet de rechtbank er aan voorbij dat de toetsing niet tot de vier door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten beperkt blijft. De rechtbank lijkt geen ruimte te laten voor eventuele andere relevante feiten en omstandigheden, terwijl dat uitdrukkelijk wel de bedoeling van de Hoge Raad is.<sup>139</sup>

#### **2.4.1.2 ... bijna geen imperatieve catalogi ...**

De woorden ‘onder meer’ en ‘zoals’ in de hierboven genoemde gezichtspuntencatalogus voor de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet duiden er bovendien op dat de genoemde gezichtspunten van belang *kunnen*, maar niet per se *hoeven* te zijn. De meeste gezichtspuntencatalogi kennen, zo blijkt ook uit bovengenoemde voorbeelden, een niet-imperatieve lijst met relevante factoren. De rechter mag de gezichtspunten niet ambtshalve toepassen,<sup>140</sup> zodat het met name van de betrokken partijen afhangt

<sup>136</sup> Vgl. hierover ook Klaassen 2012, p. 7.

<sup>137</sup> NJF 2007, 286.

<sup>138</sup> Zie voor de in dit arrest geformuleerde gezichtspuntencatalogus paragraaf 2.2.1.

<sup>139</sup> In gelijke zin als voornoemde uitspraak Rb. Den Bosch 8 april 2009, JA 2009/82.

<sup>140</sup> Waarover meer in paragraaf 4.3.

of de rechter aan bepaalde feiten en omstandigheden aandacht zal kunnen besteden.

Er zijn arresten die een gedeeltelijk imperatief karakter hebben. Het arrest Schrijver/Van Essen is daar een voorbeeld van. Als eerste gezichtspunt noemde de Hoge Raad namelijk de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt. Van dit gezichtspunt oordeelde de Hoge Raad dat de rechter dit in zijn beoordeling *behoort* te betrekken. Dat ligt ook voor de hand. De rechter zal namelijk geen oordeel kunnen geven over een verleend ontslag op staande voet zonder in te gaan op de aard en ernst van de feiten die de werkgever de werknemer verwijt en welke feiten aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd. Nu op de werkgever de stelplicht en de bewijslast van de dringende reden rust,<sup>141</sup> zal hij altijd (hebben te) stellen welke feiten en omstandigheden aan het ontslag op staande voet ten grondslag liggen en waarom deze voldoende ernstig zijn om tot onmiddellijke beëindiging van het dienstverband te mogen overgaan. De overige in dit arrest genoemde factoren zijn niet imperatief.<sup>142</sup>

Een voorbeeld van een gezichtspuntencatalogus die wel *volledig* imperatief is vloeit voort uit het arrest Van Hese/De Schelde,<sup>143</sup> dat gaat over de vraag of het beroep op de (absolute) verjaringstermijn bij een aansprakelijkstelling wegens blootstelling aan asbest, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid al dan niet onaanvaardbaar moet worden geacht. De Hoge Raad overwoog dat de rechter *moet* geven de zeven genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken. Het imperatieve karakter van deze lijst met relevante factoren blijkt duidelijk uit de door de Hoge

---

<sup>141</sup> Zie in dit kader onder meer HR 22 januari 1993, JAR 1993/50 en HR 27 september 1996, JAR 1996/217. Zie voor lagere rechtspraak over dit aspect onder meer Rb. Roermond 25 januari 2001, JAR 2001/37, Rb. Amsterdam 21 februari 2001, JAR 2001/52, Hof Den Haag 13 januari 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AV4655, Ktr. Haarlem 8 februari 2006, Prg. 2006/53 en Ktr. Haarlem 30 juni 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AY3286. Zie ook Bosse 2003, p. 255 e.v., Asser 2004a, nr. 376, alsmede Quist 2007b, p. 290.

<sup>142</sup> Niet geheel juist lijkt mij dan ook de stelling, dat de door de Hoge Raad in het arrest Schrijver/Van Essen geformuleerde gezichtspunten *alle* in de beschouwing moeten worden betrokken bij het oordeel over de juistheid van het gegeven ontslag op staande voet. Vgl. Loonstra, Koevoets & Zondag 2008, p. 266.

<sup>143</sup> HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, m.nt. ARB onder NJ 2000, 431. Zie ook JOR 2000, 163, m.nt. C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra. In hoofdstuk 5 zal dit arrest uitgebreider aan de orde worden gesteld.



Raad gekozen bewoordingen. In de literatuur en lagere rechtspraak wordt dit imperatieve karakter dan ook aangenomen.<sup>144</sup>

Het arrest Van Hese/De Schelde is het enige arrest waarin een volledig imperatieve catalogus is geformuleerd. In geen enkel ander arrest heeft de Hoge Raad zo duidelijk voorgeschreven dat alle genoemde gezichtspunten in de beoordeling moeten worden betrokken.

#### **2.4.1.3 ... en soms verholde catalogi**

In veel gevallen is duidelijk dat de Hoge Raad ten aanzien van een bepaald onderwerp een gezichtspuntencatalogus formuleert. In beginsel wordt namelijk een ‘aanloopje’ genomen door te overwegen dat het antwoord op een bepaalde (rechts)vraag afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waarna een lijst met relevante factoren wordt geformuleerd. Dat is dan evident een gezichtspuntencatalogus in de hier bedoelde zin. Echter, het is niet altijd zo zonneklaar dat de Hoge Raad een dergelijke catalogus formuleert. Soms moeten de volgens de Hoge Raad relevante factoren in de overwegingen van het desbetreffende arrest worden gelezen. Ik geef twee voorbeelden.

Ik wijs in de eerste plaats op het arrest van de Hoge Raad van 5 december 2008,<sup>145</sup> in welke zaak de vraag aan de orde was of de koper van een motorjacht jegens de verkoper daarvan aanspraak kon maken op schadevergoeding omdat het jacht niet goed functioneerde en meermalen gerepareerd moest worden, waardoor de koper niet het volle genot van zijn motorjacht had. De Hoge Raad vatte samen dat deze zaak hierdoor gekenmerkt wordt dat een koper van een uitsluitend voor privégebruik aangeschaft plezierjacht het op zichzelf niet op geld waardeerbare onstoffelijke voordeel, ter verkrijging waarvan hij dat jacht heeft gekocht en ook verdere uitgaven heeft gedaan, in een periode van ongeveer zestien maanden gedeeltelijk heeft gemist doordat reparaties aan het jacht moesten worden verricht en hij ten gevolge van gebreken van het jacht met minder hoge snelheid heeft kunnen varen en minder

<sup>144</sup> Literatuur: Smeehuijzen 2006, p. 61 en Smeehuijzen 2008, p. 257. Zie ook Bloembergen in zijn noot onder HR 28 april 2000, NJ 2000, 431. Rechtspraak: Pres. Rb. Rotterdam 19 juni 2001, KG 2001, 190, Pres. Rb. Almelo 22 mei 2003, Prg. 2003, 6067, Pres. Rb. Rotterdam 17 juli 2003, KG 2003, 173, Rb. Rotterdam 10 maart 2004, NJF 2004, 311, Hof Amsterdam 18 november 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BH4147, Ktr. Leeuwarden 12 november 2009, JA 2010/18, Rb. Roermond 7 april 2010, JA 2010/80, Rb. Rotterdam 5 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BD7429, Rb. Almelo 28 april 2010, NJF 2010, 273, Rb. Rotterdam 29 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO2658, Rb. Rotterdam 6 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4042 en Hof Den Haag 25 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP1109.

<sup>145</sup> NJ 2010, 579.

grote tochten heeft kunnen maken. Ten aanzien van de vraag of de door het gemis van onstoffelijk voordeel geleden vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt, overwoog de Hoge Raad dat de kans bestaat dat een gekochte zaak niet direct in alle opzichten onberispelijk zal functioneren, zodat die pas na herstel daarvan door de verkoper (conform diens in art. 7:21 lid 1 aanhef en onder b en leden 2 en 3 BW omschreven verplichtingen) ten volle aan de overeenkomst zal beantwoorden. Indien zo'n situatie zich voordoet, is daarmee, zo overwoog de Hoge Raad, nog niet gegeven dat de uitgaven die de koper heeft gedaan ter verkrijging van met behulp van die zaak te behalen onstoffelijk voordeel hun doel in rechtens relevante mate hebben gemist. Of daarvan sprake is hangt namelijk af van de bijzondere omstandigheden van het geval. De Hoge Raad overwoog verder:

‘Zo kan de tijd gedurende welke de koper de gekochte zaak niet heeft kunnen gebruiken doordat die moest worden gerepareerd, van zodanig geringe duur zijn dat het verminderd genot van de zaak, als eigen aan het bezit van een zaak als door hem gekocht, niet als schade voor vergoeding in aanmerking komt. Hetzelfde geldt voor schade wegens verminderd genot als gevolg van de omstandigheid dat de zaak voorafgaand aan de reparatie niet volledig functioneerde. Ook dat functieverlies en de daardoor veroorzaakte genotsderving kunnen zo gering zijn dat voor vergoeding van schade die uitsluitend bestaat uit gemis van onstoffelijk voordeel geen plaats is. Hierbij verdient opmerking dat ook een gering gemis van door de koper verwacht genot van een voor privégebruik aangeschafte zaak bij de koper veel ergernis kan teweegbrengen. Die ergernis is echter geen vermogensschade.’

In dit arrest zien we dat de vraag of het gemis aan onstoffelijk voordeel van een gekochte zaak dusdanig is dat aanspraak op schadevergoeding kan bestaan, afhankelijk is van de bijzondere omstandigheden van het geval. De Hoge Raad noemt een aantal van die omstandigheden, zonder deze evenwel in een keurig rijtje te gieten. Het is echter wel mogelijk om de overweging van de Hoge Raad te herformuleren, zodat de gezichtspuntencatalogus beter zichtbaar wordt. De desbetreffende overweging zou dan bijvoorbeeld als volgt kunnen luiden:

Of het gemis van onstoffelijk voordeel van een gekochte zaak door het niet of onvoldoende functioneren daarvan en de afwezigheid in verband met reparatie dusdanig is dat aanspraak kan worden gemaakt op schadevergoeding van de verkoper hangt af van alle omstandigheden van het geval, waaronder (1) de duur van de periode dat de koper de gekochte zaak niet heeft kunnen gebruiken doordat die moest worden gerepareerd en (2) de mate waarin de koper niet het

---

volledige genot van de door hem gekochte zaak heeft gehad omdat deze voorafgaande aan de reparatie niet volledig functioneerde.

Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat de twee hierboven genoemde factoren van belang kunnen zijn. Waarom die echter als ‘bijzondere’ omstandigheden moeten worden aangeduid, is overigens onduidelijk.

Wat wel erg fraai aan dit arrest is, is dat de Hoge Raad het niet heeft gelaten bij het noemen van mogelijk relevante factoren, maar dat hij ook enkele wenken heeft gegeven over de vraag hoe met de desbetreffende omstandigheden moet worden omgegaan. De Hoge Raad overwoog dat de periode van reparatie zo kort kan zijn en dat het gemis aan genot voorafgaand aan die reparatie zo gering is, dat onvoldoende grond bestaat voor het toekennen van schadevergoeding. De Hoge Raad overwoog namelijk uitdrukkelijk dat een gering gemis aan genot van een voor privégebruik gekochte zaak weliswaar veel ergernis kan veroorzaken, maar dat die ergernis geen vermogensschade is. Daarmee is overigens nog niet gezegd hoe lang c.q. in welke mate het genot moet worden gemist, wil dat voldoende zijn voor schadevergoeding. Waar het omslagpunt ligt is aan de lagere rechter om te beoordelen.

Voor een tweede voorbeeld van een verhulde gezichtspuntencatalogus wijs ik op het arrest van de Hoge Raad van 1 oktober 2010.<sup>146</sup> In de zaak die tot dit arrest leidde was aan een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden een ongeval met een versnipperaar overkomen, waarbij de (rechter)arm van de werknemer klem is komen te zitten en net boven de elleboog geamputeerd moest worden. De werkgever, althans zijn verzekeraars, hebben de aansprakelijkheid voor dit ernstige bedrijfsongeval erkend. Naast de AVB-polis, had de werkgever ten behoeve van zijn werknemers (onverplicht) een ongevallenverzekering afgesloten. Gelet op het feit dat sprake was van blijvende invaliditeit is de ongevallenverzekering tot uitkering gekomen. De aansprakelijkheidsverzekeraars, die de regeling van de schade van de werknemer op zich hadden genomen, stelden zich op het standpunt dat de uitkering van de ongevallenverzekeraar ex art. 6:100 BW op de schadevergoeding in mindering moest worden gebracht. De werknemer stelde zich in de procedure op het standpunt dat de uitkering van de ongevallenverzekering niet een voor verrekening vatbaar voordeel is, en zo dat wel het geval is, dat voordeelsverrekening niet redelijk is.

---

<sup>146</sup> JAR 2010/272. Zie ook JA 2010/155, m.nt. Bouman en NJ 2013, 81, m.nt. T. Hartlief. Zie over dit arrest ook Wervelman 2010, p. 114-118 en Bolt 2011, p. 72-81.

De Hoge Raad overwoog niet met zoveel woorden dat de vraag of een opgekomen voordeel verrekend mag worden afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. De Hoge Raad deed dat via een omweg, namelijk door te oordelen, dat de vraag of het redelijk is een bij een benadeelde opgekomen voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in mindering te brengen, een oordeel vergt dat verweven is met de waardering van de feitelijke omstandigheden van het geval, zodat het in cassatie slechts in beperkte mate kan worden onderzocht. Uit dit oordeel kan worden afgeleid dat de (feitelijke) omstandigheden van het geval van belang zijn voor de door de (lagere) rechter te maken beoordeling.

Ten aanzien van de vraag of voordeelsverrekening geïndiceerd is, komt de Hoge Raad allereerst met een vuistregel. Indien sprake is van schadevergoeding bij overlijden (art. 6:108 BW) zal, gelet op de in dit artikel genoemde behoeftigheidsmaatstaf, een genoten voordeel ‘in de regel’ steeds in mindering moeten worden gebracht.

Voor het geval sprake is van letselschade en een voordeel dat bestaat uit een verzekeringsuitkering, heeft de Hoge Raad overwogen dat bij de toepassing van art. 6:100 BW een aantal gezichtspunten (al gebruikt de Hoge Raad deze term niet) in aanmerking moet worden genomen. De Hoge Raad noemt er zes, welke factoren ook nog eens van een onderbouwing zijn voorzien, zodat niet alleen duidelijk wordt welke factoren van belang zijn, maar ook hoe daaraan invulling moet worden gegeven. De door de Hoge Raad genoemde factoren (die voornamelijk uit vuistregels zijn opgebouwd) laten zich als volgt samenvatten:<sup>147</sup>

- Van verrekening zal in het algemeen alleen dan sprake kunnen zijn, indien de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden als die waarvoor de partij die zich op de voordeelsverrekening beroept, aansprakelijk is.
- Geschiedt de uitkering ingevolge een schadeverzekering, dan zal – indien voldaan is aan de eerste eis (dat het gaat om vergoeding van dezelfde schade) – verrekening in beginsel op haar plaats zijn.
- Geschiedt de uitkering op grond van een sommenverzekering, dan komt de uitkering in het algemeen niet voor verrekening in aanmerking.
- Is de premie voor de sommenverzekering door de aansprakelijke persoon betaald, dan kan daarin aanleiding worden gevonden wel tot verrekening over te gaan.

---

<sup>147</sup> Voor een nadere onderbouwing verwijs ik naar het arrest van de Hoge Raad.

- Is de in het geding zijnde aansprakelijkheid gedekt door een verzekering, dan zal verrekening van een uitkering ingevolge een sommenverzekering in het algemeen niet in overeenstemming met de redelijkheid zijn.
- Voor verrekening bestaat in het algemeen eerder aanleiding indien sprake is van een risicoaansprakelijkheid dan wanneer de aansprakelijkheid is gebaseerd op schuld.

In dit voorbeeld zien we dat de Hoge Raad niet alleen aangeeft welke factoren van belang zijn (zoals de vraag of het gaat het om een schade- of een sommenverzekering en de aard van de aansprakelijkheid), maar ook richting geeft aan de verschillende opties.<sup>148</sup> Dat is iets dat bij neutraal geformuleerde gezichtspuntencatalogi veelal ontbreekt.<sup>149</sup>

#### **2.4.2 In welke soort zaken worden gezichtspunten geformuleerd?**

In 2008 hebben Loonstra en ik arbeidsrechtelijke gezichtspuntencatalogi tegen het licht gehouden. Uit dat onderzoek kwam naar voren dat lijsten met relevante factoren met name geformuleerd zijn in (1) zaken waarin de rechter een belangenafweging moet maken, (2) zaken waarin een vage norm moet worden toegepast en (3) zaken waarin het van belang is dat rechters (steeds) van dezelfde criteria uitgaan.<sup>150</sup> Dat laatste geldt dan met name voor veel

---

<sup>148</sup> In dit kader heeft Bouman in zijn annotatie onder JA 2010/155 geschreven dat het valt toe te juichen dat de Hoge Raad aan een onderwerp dat zich kenmerkt door casuïstiek, in brede zin duiding geeft. Naar het oordeel van Bouman is de Hoge Raad daarbij echter niet ver genoeg gegaan en had hij niet moeten volstaan met gezichtspunten, omdat deze door de Hoge Raad ook steeds weer worden gerelativeerd door het gebruik van woorden als 'in beginsel' of 'in het algemeen'. Volgens Bouman krijgt de praktijk hier dus geen stevige regels aangereikt, maar eerder een aantal perspectieven. Dat echter is ook precies wat gezichtspunten doen, waarbij ik aanteken dat enkele gezichtspunten door het formuleren van vuistregels zijn verduidelijkt. Bouman wenst nog meer duidelijkheid, waarbij hij kennelijk het oog heeft op zogenoemde 'hard and fast rules', waarvoor ik verwijs naar paragraaf 2.2.2. Vaak echter zal de Hoge Raad dergelijke algemene en harde normen niet kunnen of willen geven. Dat is bijvoorbeeld het geval in zaken die zeer casuïstisch van aard zijn en dat is hier, Bouman gaf het zelf al aan, het geval. Ik wijs ook op Duk, die schreef dat de Hoge Raad de gelegenheid heeft aangegrepen om in een typisch 'rechtsvormend' arrest de grote lijnen aan te geven. Zie Duk 2011, p. 24.

<sup>149</sup> Zie voor een ander voorbeeld van een verhulde gezichtspuntencatalogus het arrest van de Hoge Raad van 30 september 2005, NJ 2007, 154, m.nt. JBMV, waarin werd geoordeeld over de problematiek van de ongerechtvaardigde verrijking ex art. 6:212 BW.

<sup>150</sup> Zie ook Van den Brink 2012, p. 1, alsmede Jansen & Loonstra 2012, p. 14.

voorkomende zaken, waarbij de kans groot is dat onder vergelijkbare omstandigheden tot een andere beslissing wordt gekomen.<sup>151</sup>

De eerste twee categorieën geven de verschillende in paragraaf 2.3.1 genoemde uitspraken eenzelfde beeld. In enkele uitspraken is namelijk een door de rechter te maken belangenafweging aan de orde. Dat is in de eerste plaats het geval in de beschikking van de Hoge Raad onder nummer 6, waarin het ging om de vraag of de verplichting van de man tot het betalen van alimentatie aan zijn ex-vrouw al dan niet moest worden beëindigd, en waarbij een afweging tussen de belangen van de man enerzijds en die van de vrouw anderzijds moet worden gemaakt. Een duidelijke belangenafweging is ook aan de orde in het arrest met nummer 17, waarin het ging om de vraag of iemand die gevolg geeft aan een gesloten overeenkomst daarbij rekening moet houden met belangen van derden die nauw bij de uitvoering van de overeenkomst betrokken zijn. De verschillende belangen van de contractant enerzijds en die van de derde anderzijds komen in de lijst met relevante factoren mooi tot uitdrukking.

Ook uitspraken waarin invulling aan een vage norm wordt gegeven vinden we terug in de hierboven genoemde civielrechtelijke voorbeelden. In dit verband wijs ik op het arrest met nummer 4, waarin de Hoge Raad oordeelde over het begrip ‘onrechtmatige hinder’. Ook de uitspraak met nummer 14 biedt een voorbeeld van een zaak waarin aan de hand van een open norm tot een oordeel moest worden gekomen. In het desbetreffende geval was de vraag aan de orde of aan een bestuurder een ‘ernstig verwijt’ kon worden gemaakt, zodat hij ex art. 2:9 BW aansprakelijk kon worden gehouden. Ten slotte noem ik de uitspraak met nummer 22. In die zaak ging het om de vraag of de koper ‘binnen bekwame tijd’ bij de koper had geklaagd dat het door hem gekochte niet in orde was. Ook deze vage norm dient aan de hand van verschillende gezichtspunten te worden ingevuld.

Overigens is het onderscheid tussen de categorieën 1 en 2 niet strikt, aangezien sprake is van een grote overlap. Een belangenafweging is immers vaak een afgeleide van de invulling van een open norm. Zo schreef Van Dam met betrekking tot het aansprakelijkheidsrecht, waarin het Kelderluik-arrest en de daarin genoemde gezichtspunten een prominente plaats innemen,<sup>152</sup> dat het in het algemeen gaat om het afwegen van het vrijheidsbelang tegen het beschermingsbelang en bij het bepalen van de onrechtmatigheid om een afweging tussen zorg en risico.<sup>153</sup> De belangen van de gelaedeerde en de laedens

---

<sup>151</sup> Zie hierover nader Loonstra & Quist 2008, p. 25. In dit onderzoek zijn arbeidsrechtelijke arresten van de Hoge Raad gewezen tussen begin 2000 en medio 2008 bestudeerd.

<sup>152</sup> Vgl. paragraaf 2.2.2.

<sup>153</sup> Van Dam 2000, nr. 801 en 802.

dienen bij de invulling van de open norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid tegen elkaar te worden afgewogen.

Duidelijke voorbeelden van gezichtspuntencatalogi die speciaal zijn ontwikkeld ter voorkoming van tegenstrijdige beslissingen heb ik in paragraaf 2.3.1 niet aangetroffen. Ik teken daarbij aan dat iedere gezichtspuntencatalogus tot effect heeft dat in dezelfde soort zaken (in beginsel) dezelfde maatstaf (want dezelfde gezichtspunten) wordt toegepast, zodat het lastig te beoordelen is wanneer de Hoge Raad expliciet deze bedoeling heeft gehad.

Wel zijn nog enkele aanvullende categorieën te onderscheiden. De in paragraaf 2.3.1 behandelde uitspraken zijn alle van civielrechtelijke aard. Het verbaast dan ook niet dat enkele van die arresten gaan over aansprakelijkheidsvraagstukken.<sup>154</sup> Zoals eerder uiteengezet kent het aansprakelijkheidsrecht één van de oudste en bekendste gezichtspuntenuitspraken, namelijk het Kelderluik-arrest. Het aansprakelijkheidsrecht is dus al lange tijd bekend met dit fenomeen, zodat het wellicht niet verbaast dat we op dit terrein van het recht steeds meer gezichtspuntencatalogi aantreffen. Ik noem enkele voorbeelden.

In het arrest van de Hoge Raad met nummer 3 werd geoordeeld over de vraag of een gemeente aansprakelijk kon worden gehouden voor gedragingen van één van haar wethouders. Ook de uitspraak met nummer 7 speelt zich af in gemeentelijke sferen. In dit arrest was de vraag aan de orde of een gemeenteraadslid onrechtmatig had gehandeld door bepaalde informatie aan een dagblad ter beschikking te stellen. Ook een aansprakelijkheidsrechtelijke uitspraak betreft voornoemd arrest met nummer 14, waarin het ging om de (bestuurders)aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW. Ik wijs voorts op het arrest met nummer 19, waarin de vraag aan de orde was of sprake was van aansprakelijkheid en daaruit voortvloeiend van een schadevergoedingsplicht in geval van afgebroken onderhandelingen. Ten slotte noem ik uitspraak 29, waarin het ging om de aansprakelijkheid van de bewaargever voor een aan hem toebehorende gevaarlijke stof. Al deze aansprakelijkheidsvraagstukken dienen (mede) aan de hand van de door de Hoge Raad in de desbetreffende arresten geformuleerde gezichtspunten te worden beoordeeld.

In verband met de opkomst van steeds meer verschillende soorten beleggingsproducten en beleggen ook iets van en voor het grote publiek is geworden,<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> Zie hierover Verheij 2013, p. 115. Verheij schreef dat het trekken van harde grenzen niet goed meer past in het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.

<sup>155</sup> Zie daarover bijvoorbeeld Van der Horst 2010, p. 588 en 595.

zien we steeds vaker rechtspraak die gaat over de aansprakelijkheid van verschillende bij beleggingen en beursgangen betrokken (rechts)personen. Zo betreft het arrest onder nummer 15 een zaak die handelde over de vraag naar de omvang van de zorgplicht van een bank bij het uitvoeren van optietransacties, terwijl in nummer 23 aan de orde was wat de reikwijdte is van de (bijzondere) zorgplicht van een professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen in effecten en aanverwante financiële diensten. In het arrest met nummer 24 ging het om de vraag of van een bank, die een aandelenemissie had begeleid, kon worden gevergd dat deze in het openbaar reageerde op berichten in de media waaruit bleek dat een onjuist beeld, verwarring of onduidelijkheid bestond ten aanzien van een relevant aspect van de emissie. Ook ten aanzien van deze aspecten formuleerde de Hoge Raad gezichtspunten.

Een andere categorie betreft uitspraken waarin de reikwijdte van bepaalde bevoegdheden of verplichtingen aan de orde is. Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest met nummer 5 over de vraag hoever de onderhoudsplicht van een waterschap gaat ter vermijding van het onder water lopen van laag gelegen gronden door verstopping van waterwegen. De vraag of een externe controlerende accountant heeft gehandeld in overeenstemming met de van hem te vergen mate van zorg, was aan de orde in het arrest met nummer 20.

Met enkele grove schetsen kan dus een aantal categorieën worden onderscheiden van zaken waarin we gezichtspunten aantreffen. Wellicht is dat een teken dat in dergelijke (soort) zaken meer lijsten met relevante factoren te verwachten zijn.

#### **2.4.3 Welke formuleringen gebruikt de Hoge Raad?**

De Hoge Raad gebruikt verschillende formuleringen als hij de omstandigheden van het geval in zijn overwegingen betreft. In voornoemd onderzoek uit 2008 is ook bekeken welke formuleringen de Hoge Raad in arbeidsrechtelijke gezichtspuntenrechtspraak toepast.<sup>156</sup> Wanneer dit onderzoek wordt gecombineerd met de hierboven in paragraaf 2.3.1 genoemde arresten, dan levert dat niet minder dan 25 verschillende formuleringen op. In onderstaand overzicht is weergegeven welke formuleringen de Hoge Raad heeft gebruikt, alsmede hoe vaak die formuleringen in de onderzochte uitspraken voorkomen, zowel in absolute als in relatieve zin. Met dit overzicht wordt geen volledigheid beoogd, maar het geeft wel een goed beeld van de diversiteit van de door de Hoge Raad gekozen bewoordingen.

---

<sup>156</sup> Loonstra & Quist 2008, p. 7-8.



Formulering	Absoluut	Relatief
De omstandigheden van het geval	39	35,14 %
Alle omstandigheden van het geval	15	13,51 %
Alle voor zijn oordeel relevante factoren	8	7,21 %
Alle omstandigheden van het concrete geval	7	6,31 %
In de gegeven omstandigheden	6	5,41 %
Alle feitelijke omstandigheden	5	4,50 %
De overige omstandigheden van het geval	4	3,60 %
Onder de gegeven omstandigheden	2	1,80 %
Alle ter zake dienende omstandigheden van het geval	2	1,80 %
De concrete omstandigheden van het geval	2	1,80 %
De feitelijke omstandigheden	2	1,80 %
De typerende omstandigheden van het geval	2	1,80 %
Alle bijzondere omstandigheden van het gegeven geval	2	1,80 %
De verdere omstandigheden van het geval	2	1,80 %
De andere omstandigheden van het geval	2	1,80 %
Alle relevante omstandigheden	2	1,80 %
Alle relevante omstandigheden van het geval	1	0,90 %
Alle voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren	1	0,90 %
De feitelijke omstandigheden in de concrete situatie	1	0,90 %
De feitelijke gegevens van het concrete geval	1	0,90 %
Alle omstandigheden van het gegeven geval	1	0,90 %
De in onderling verband te beschouwen omstandigheden	1	0,90 %
De ter zake dienende omstandigheden van het geval	1	0,90 %
Verschillende omstandigheden	1	0,90 %
Hangt van verschillende factoren af	1	0,90 %
	111	100 %

Het lijkt min of meer aannemelijk dat aan deze uiteenlopende, door de Hoge Raad gebezigde, formuleringen geen juridische consequenties moeten worden verbonden, zeker niet gelet op de grote hoeveelheid verschillende bewoordingen die we in de rechtspraak van de Hoge Raad terugvinden. De soort omstandigheden en het bereik ervan zullen vermoedelijk dan ook niet variëren, al naar gelang de gebruikte terminologie. Toch is het opmerkelijk dat geen consistent taalgebruik wordt gehanteerd. ‘Alle bijzondere omstandigheden’ lijkt namelijk op een andere weging te duiden dan ‘alle omstandigheden’, in die zin dat het aantal mogelijk relevante omstandigheden in het eerste geval beperkter

is. Dat zou op gelijke wijze verdedigd kunnen worden ten aanzien van ‘de typerende omstandigheden’. Maar wat is nu ‘bijzonder’ en wat is precies ‘typerend’? Op dit punt wordt in de bestudeerde arresten geen duidelijkheid gegeven, zodat de conclusie gerechtvaardigd lijkt dat de verschillende formuleringen niet duiden op verschillende gevolgen.

#### **2.4.4 De brug tussen de omstandigheden van het geval en de verschillende gezichtspunten**

Niet alleen de manier waarop de Hoge Raad aankondigt dat alle omstandigheden van het geval van belang zijn voor de beoordeling door de rechter, alsmede de daaraan gekoppelde gezichtspunten zijn interessant, dat geldt ook voor de manier waarop de link tussen de omstandigheden van het geval enerzijds en de relevante factoren anderzijds wordt gelegd. Het gaat hier om de wijze waarop de Hoge Raad een brug tussen beide slaat.

Met betrekking tot de relatie tussen de verschillende factoren heeft de Hoge Raad in sommige gezichtspuntenarresten overwogen dat de door hem genoemde factoren ‘in onderling verband en samenhang’ dienen te worden beoordeeld<sup>157</sup>, terwijl een dergelijke toevoeging in andere arresten achterwege is gebleven. Betekent dit dat de gezichtspunten in de laatst genoemde categorie niet in onderling verband en samenhang moeten worden gezien en dat zij op zichzelf en dus los van elkaar voor de beslissing van de zaak van belang kunnen zijn? Een ontkennende beantwoording van deze vraag ligt voor de hand. Het gaat namelijk steeds om het totaalbeeld, waarbij vaak niet één gezichtspunt, maar meerdere relevante factoren tot een beslissing van de zaak moeten leiden. Die gezichtspunten staan niet op zichzelf, maar de desbetreffende feiten en omstandigheden maken deel uit van de voorliggende casus. Zij hangen met elkaar samen en dat maakt dat gezichtspunten steeds in onderling verband en samenhang moeten worden gezien. Dat is zeker het geval wanneer de relevante gezichtspunten communicerende vaten zijn, zoals bijvoorbeeld bij de Kelderluik-factoren wordt aangenomen.<sup>158</sup>

Overigens is bij een gezichtspuntencatalogus vaak sprake van een door de rechter te maken (belangen)afweging. Zeker dan kan het niet anders dan dat de relevante feiten en omstandigheden ten opzichte van elkaar worden gewogen, om uiteindelijk tot een oordeel te komen. Wat dat aangaat lijkt de toevoeging ‘in onderling verband en samenhang’ weinigzeggend.

---

<sup>157</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraken onder nummer 3 en nummer 7 in paragraaf 2.3.1.

<sup>158</sup> Losbladige Kluwer Onrechtmatige daad, art. 162 lid 2, aant. 87.4.

Dat de verschillende in een bepaalde catalogus genoemde gezichtspunten in onderling verband en samenhang moeten worden beschouwd, zegt nog niets over het gewicht dat aan de verschillende gezichtspunten moet worden toegekend. Hoe zij zich onderling verhouden is vaak onduidelijk, hetgeen ook een belangrijk in de literatuur gehoord kritiekpunt op het gebruik van gezichtspuntencatalogi is.<sup>159</sup>

Uit de arresten van de Hoge Raad mag dan niet duidelijk worden wat het onderlinge gewicht van de gezichtspunten uit dezelfde catalogus is, in hoeverre de gezichtspunten imperatief zijn voorgeschreven, blijkt vaak wel. Dit kan namelijk deels worden gevonden in de woorden tussen de verwijzing naar de omstandigheden van het geval en de daarop volgende lijst met relevante omstandigheden. Al naar gelang de door de Hoge Raad gebruikte formulering zit er meer of minder ‘elastiek’ in. Van belang is dus de precieze formulering in de inleiding van de gezichtspuntencatalogus. Die bepaalt namelijk of de rechter de in de catalogus genoemde factoren in zijn beoordeling moet of kan betrekken.<sup>160</sup>

In dit verband is een drietal categorieën te onderscheiden. In de eerste plaats de arresten waarin de gezichtspunten niet meer dan een voorbeeldenlijst vormen en waarbij de gezichtspunten louter een illustratief (of vrijblijvend) karakter hebben (categorie 1). In de tweede plaats de arresten waarin de genoemde gezichtspunten zonder meer van belang zijn (categorie 2). Tussen deze twee uitersten bevindt zich een middencategorie, waarbij aan de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten een bijzondere betekenis toekomt (categorie 3). Deze gezichtspunten zijn meer dan louter voorbeelden, maar zij hebben geen imperatief karakter. In onderstaand overzicht zijn deze categorieën uitgewerkt voor wat betreft voornoemd onderzoek naar arbeidsrechtelijke gezichtspuntenrechtspraak en de in paragraaf 2.3.1 genoemde uitspraken van de Hoge Raad.

Formulering	Arrest(en)	Categorie
‘in dat verband kunnen van belang zijn’	HR 9 november 2007, JAR 2007/305	1
‘in dat verband/daarbij kunnen onder meer van belang zijn’	HR 29 juni 2007, NJ 2008, 606; HR 22 oktober 2010, NJ 2011, 6	1
‘daarbij kan mede van belang zijn’	HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635	

<sup>159</sup> Waaroever meer in paragraaf 2.7.2.

<sup>160</sup> Bruinsma & Huls 1984, p. 572.

Formulering	Arrest(en)	Categorie
‘hierbij kan ook van belang zijn’	HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467	1
‘zoals’	HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591; HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 629; HR 1 maart 2002, JAR 2002/66; HR 24 september 2004, NJ 2008, 587	1
‘daarbij kan onder meer een rol spelen’	HR 17 december 1976, NJ 1977, 241	1
‘als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken vallen te noemen’	HR 28 april 2000, NJ 2000, 430	2
‘daarbij moet in het bijzonder acht worden geslagen op ..., maar ook op ...’	HR 29 april 2011, NJ 2011, 406	2
‘in dat verband zijn mede van belang’	HR 17 december 2004, NJ 2006, 147; HR 17 februari 2006, JAR 2006/67; HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285	2
‘in dat kader is van belang’	HR 11 november 2005, JAR 2005/287	2
‘daarbij zijn onder meer van belang’	HR 27 november 2009, JOR 2010, 43	2
‘daarbij behoren ook in de beschouwing te worden betrokken’	HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190; HR 22 februari 2002, NJ 2003, 174 en HR 20 juni 2003, JAR 2003/179	2
‘waaronder begrepen’	HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259	2
‘waaronder’	HR 23 februari 1996, NJ 1996, 407; HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660; HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103; HR 7 mei 2004, NJ 2005, 76; HR 29 juni 2007, NJ 2008, 606; HR 11 juli 2008, NJ 2011, 185; HR 5 juni 2009, JA 2009/116; HR 23 april 2010, NJ 2010, 244; HR 8 oktober 2010, NJ 2010, 545; HR 17 december 2010, NJ 2012, 155; HR 10 augustus 2012, RvdW 2012, 1042	2
‘tot deze omstandigheden behoort ook’	HR 3 mei 2002, JAR 2002/134	2
‘tot die relevante omstandigheden behoren onder meer’	HR 28 april 1989, NJ 1990, 583	2
‘zal afhangen zowel van de vraag ..., als de vraag ..., als ook van ...’	HR 6 april 1979, NJ 1980, 34	2
‘zal mede afhangen van’	HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227	2
‘daarbij zal onder meer moeten worden gelet op’	HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673; HR 11 december 1992, NJ 1994, 639	2

Formulering	Arrest(en)	Categorie
‘daarbij zal niet alleen moeten worden gelet op ..., maar ook op ...’	HR 27 april 2007, NJ 2007, 262	
‘tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer’	HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360	2
‘voorts dient in aanmerking te worden genomen’	HR 17 december 2010, NJ 2012, 155	2
‘moet/dient rekening te worden gehouden met’	HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214; HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467	2
‘daarbij zal moeten worden onderzocht’	HR 13 oktober 2006, JOR 2006, 296	2
‘voorts behoren tot de in de beoordeling te betrekken factoren’	HR 13 oktober 2006, JOR 2006, 296	2
‘waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan’	HR 1 februari 2008, JAR 2008/56; HR 1 februari 2008, JAR 2008/57	3
‘zoals in het bijzonder’	HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332	3
‘en wel in het bijzonder de volgende’	HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801	3
‘waaronder speciale aandacht verdienen’	HR 11 juni 1982, NJ 1983, 595	3

De vraag kan worden gesteld of dit verschil in karakter (meer of minder imperatief) van de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten kan worden verklaard. Waarom is de rechter in het ene geval verplicht de gezichtspunten in zijn beoordeling te betrekken (‘daarbij behoren ook in de beschouwing te worden betrokken’), terwijl die in het andere geval alleen bij wijze van suggestie worden aangereikt (‘in dat verband kunnen van belang zijn’)? De eerste gedachte zou zijn: dit houdt nauw verband met het onderwerp waarover geprocedeerd wordt. Die gedachte houdt geen stand als men bedenkt dat met betrekking tot het thema werkgeversaansprakelijkheid al vier formuleringen worden gekozen die niet (geheel) overeenkomen en die ook in verschillende van de hierboven onderscheiden categorieën vallen.<sup>161</sup> De conclusie lijkt dan ook te moeten zijn dat de gekozen bewoordingen min of meer toevallig zijn gebruikt en

<sup>161</sup> Zo wordt in HR 17 december 2004, NJ 2006, 147 en HR 17 februari 2006, JAR 2006/67 gesproken over ‘in dat verband zijn van belang’, in HR 11 november 2005, JAR 2005/287 over ‘in dat kader is van belang’, in HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 en HR 1 februari 2008, JAR 2008/57 over ‘waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan’ en in HR 9 november 2007, JAR 2007/305 over ‘in dat verband kunnen van belang zijn’. Zie hierover ook Loonstra & Quist 2008, p. 12-13.

dat consistentie tussen de omstandigheden van het geval en de gezichtspunten niet aanwezig is.<sup>162</sup> Als dat anders is, dan blijkt de reden daarvan in ieder geval niet uit de bestudeerde rechtspraak.

#### **2.4.5 Verschillende soorten gezichtspunten**

Daar waar het hiervoor ging om gezichtspuntencatalogi als geheel, zal hieronder op de individuele gezichtspunten worden ingegaan.

Uit de in paragraaf 2.3.1 genoemde arresten en beschikkingen vloeit een groot aantal verschillende gezichtspunten voort, welke factoren uiteraard nauw verband houden met de materie van de desbetreffende uitspraken. Dit wil niet zeggen dat het niet mogelijk is de genoemde gezichtspunten in verschillende categorieën onder te brengen. Ik noem enkele in het oog springende soorten gezichtspunten.

Een vaak voorkomende categorie gezichtspunten heeft betrekking op de hoedanigheid van partijen. Soms wordt deze factor letterlijk zo aangeduid, zoals in het arrest met nummer 13, waarin als relevante factor is genoemd ‘de hoedanigheden van betrokkenen en hun onderlinge verhouding’. Ook in de uitspraak met nummer 17 is vermeld dat acht moet worden geslagen op ‘de hoedanigheid van alle betrokken partijen’. Vaak echter wordt de hoedanigheid van partijen niet zo expliciet genoemd, maar wordt verwezen naar feiten en omstandigheden die op die hoedanigheid betrekking hebben, zoals bijvoorbeeld de maatschappelijke kring waartoe partijen behoren (nummer 2), de inkomens- en vermogenspositie van een benadeelde (nummer 15), de relevante ervaringen van de betrokken partij (nummer 23) en de deskundigheid van partijen (nummer 12, 14, 15, 22 en 23), waarbij soms ook van belang wordt geacht of zij deskundige bijstand hadden (nummer 1 en 9).

Een andere veel voorkomende categorie gezichtspunten betreft de aard en ernst van een bepaalde gedraging, gebeurtenis of andere feitelijkheden, zoals de mate en frequentie van overschrijdingen van geluidsniveaus (nummer 4), de ernst van de misstanden die men door publicatie in de media aan de kaak wil stellen (nummer 7), de aard van de verzekering (nummer 9), de aard van de overeenkomst (nummer 10, 17, 21 en 30), de aard van de gemaakte kosten (nummer 11), de aard van de instructie (nummer 13), de aard van het gegeven ambtelijk bevel (nummer 13), de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten (nummer 14), de ernst en de mate van verwijtbaarheid van de over en weer gemaakte fouten (nummer 16), de aard van de geschonden

---

<sup>162</sup> Al moet worden erkend dat van sommige gezichtspunten evident is dat ze imperatief zijn voorgeschreven, zoals bijvoorbeeld de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden voor ontslag op staande voet aanmerkt. Zie daarover paragraaf 2.4.1.2.

norm (nummer 20), de aard en waarneembaarheid van het gebrek (nummer 22) en de aard van de opstal (nummer 27). Hieruit blijkt dat de 'aard en ernst' van bepaalde feiten of omstandigheden vaak terugkeren. De manier waarop dat gebeurt is echter zeer divers.

Ten slotte wijs ik op de (het) te verwachten gevolgen, schade of nadeel.<sup>163</sup> Ook dat is een factor die regelmatig uitdrukkelijk in gezichtspuntencatalogi is genoemd en waarmee de rechter vaak rekening zal houden. Als gezichtspunten zijn in dit verband onder andere genoemd in hoeverre door publiciteit schade te verwachten was (nummer 3), een eventueel nadeel voor de afnemer van elektriciteit (nummer 12), de gevolgen van het niet opvolgen van een ambtelijk bevel (nummer 13), de aard en omvang van het nadeel dat voor een derde dreigt door nakoming van een met een ander gesloten overeenkomst (nummer 17), de vraag of de verkoper nadeel lijdt als gevolg van de lengte van de in acht genomen klachttermijn (nummer 22 en 26), de kans op verwezenlijking van het aan de stof inherente bijzondere gevaar van ernstige aard voor personen of zaken (nummer 29) en de gevolgen van een eventuele splitsing voor het gebruik door de huurder (nummer 31). Overigens komt in dit kader ook vaak betekenis toe aan de mogelijkheid of bezwaarlijkheid een bepaald nadeel te voorkomen of te beperken. Zo werd bijvoorbeeld belang toegekend aan de offers die ermee gemoeid zijn om overschrijdingen van geluidsnormen te voorkomen (nummer 4), de vraag in hoeverre het voor een contractant bij de nakoming van de gesloten overeenkomst bezwaarlijk was rekening te houden met de belangen van een derde (nummer 15), de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen in het kader van aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW (nummer 28) en de redelijkerwijs te treffen maatregelen om de verwezenlijking van aan bepaalde stoffen inherente gevaren te voorkomen (nummer 30).<sup>164</sup>

Ook kunnen gezichtspunten op een ander niveau worden ingedeeld. Het gaat daarbij niet om de inhoud van de individuele gezichtspunten, maar om hun eigen aard c.q. hoedanigheid. In dit verband kunnen de volgende categorieën worden onderscheiden.

---

<sup>163</sup> Er zijn nog andere categorieën te onderscheiden, maar het voert te ver die alle uitvoerig te behandelen. Ik noem nog het vertrouwen of de verwachting die een bepaalde partij heeft of mag hebben (zie bijvoorbeeld de arresten met nummer 1 en 17) en de maatschappelijke opvatting over een bepaald punt (nummer 6). Ook deze factoren keren regelmatig terug in gezichtspuntencatalogi van de Hoge Raad.

<sup>164</sup> Ik wijs in dit verband op het Kelderluik-arrest, waarin zowel de ernst van de gevolgen als de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen als gezichtspunt in de catalogus zijn opgenomen.

#### **2.4.5.1 Open en gesloten gezichtspunten**

Gezichtspunten stellen feiten en omstandigheden aan de orde die van belang (kunnen) zijn voor de beoordeling van het voorliggende geval. Die gezichtspunten zijn vaak geformuleerd in de vorm van een vraag en als dat niet zo is kan het desbetreffende gezichtspunt eenvoudig tot een vraag worden geherformuleerd. Net zoals we open en gesloten vragen kennen, kan dit onderscheid ook ten aanzien van gezichtspunten worden gemaakt.

De relevante factoren die uitsluitend met 'ja' of 'nee' kunnen worden ingevuld kunnen als gesloten gezichtspunten worden aangemerkt. Bij de beoordeling of een contractant bij de uitvoering van de overeenkomst rekening moet houden met de belangen van derden (nummer 17), speelt bijvoorbeeld de vraag of voor de contractant kenbaar was dat de belangen van de derde bij de overeenkomst betrokken waren en de vraag of van de contractant kon worden gevergd dat hij zich indekt tegen het nadeel dat voor die derde dreigde. Deze vragen kunnen met een eenvoudig 'ja' of 'nee' worden beantwoord, hetgeen uiteraard niet wil zeggen dat de daaraan voorafgaande beoordeling ook eenvoudig is.

Gesloten gezichtspunten hebben een redelijk groot richtinggevend karakter. Wanneer de in een bepaald gezichtspunt besloten liggende vraag is beantwoord (met 'ja' of 'nee'), is vrij snel duidelijk in het voordeel van welke partij dat gezichtspunt dient te werken. Ik wijs in dit verband op Korthals Altes, die schreef dat gezichtspunten de rechter over het algemeen zeer weinig steun bieden bij zijn beslissing, maar dat dat anders ligt voor gezichtspunten die vragen opwerpen die met een eenvoudig 'ja' of 'nee' kunnen worden beantwoord.<sup>165</sup>

Dat ligt anders bij open gezichtspunten. Die laten zich niet zo eenvoudig beantwoorden, aangezien daarbij doorgaans een nadere waardering van de feiten en omstandigheden nodig is. De meeste gezichtspunten hebben een open karakter, zoals bijvoorbeeld de hoedanigheid van partijen (arrest nummer 17), de aard van de overeenkomst (nummer 10) en, in het kader van een vordering ex art. 2:9 BW, de risico's van activiteiten van de desbetreffende rechtspersoon (nummer 14). Het richtinggevend karakter van open gezichtspunten, waarbij het vaak gaat om 'meer of minder',<sup>166</sup> is beperkter dan bij gesloten gezichtspunten. Indien bijvoorbeeld is beoordeeld wat de aard van een bepaalde overeenkomst is of wanneer de risico's van bepaalde bedrijfs-activiteiten in kaart zijn gebracht, is

---

<sup>165</sup> Korthals Altes 1981, p. 56 e.v.

<sup>166</sup> Vgl. Nieuwenhuis 1992, p. 285.



nog niet gezegd op welke wijze deze omstandigheden in de beschouwing van de rechter (moeten) doorwerken.

Naast open gezichtspunten en gesloten gezichtspunten kan een midden-categorie worden onderscheiden. Het gaat hier om gezichtspunten met een keuzemogelijkheid. De uit die gezichtspunten voortvloeiende vragen kunnen niet met slechts 'ja' of 'nee' worden beantwoord, maar het mogelijke antwoord is wel anderszins ingeperkt. Anders dan bij open gezichtspunten is de beoordeling niet helemaal vrij, maar moet uit een aantal, in het gezichtspunt, genoemde opties worden gekozen. Een mooi voorbeeld is genoemd in het arrest Van Hese/De Schelde,<sup>167</sup> waarin de vraag aan de orde was of de (ex-)werkgever naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een beroep kon doen op de absolute verjaringstermijn.<sup>168</sup> In het kader van de beantwoording van deze vraag is, zo overwoog de Hoge Raad, mede van belang of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. Ook is van belang of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde. Bij de eerste vraag zijn er twee opties en bij de tweede vraag zijn er drie mogelijke antwoorden. Meer smaken zijn er niet.

#### **2.4.5.2 Neutrale, bevrijdende en belastende gezichtspunten**

Bij het onderscheid tussen open en gesloten gezichtspunten kwam het sturende karakter van gezichtspunten al aan de orde. De mate waarin bepaalde factoren richtinggevend zijn voor een bepaalde uitkomst hangt ook samen met de vraag of de in aanmerking te nemen gezichtspunten neutraal, bevrijdend dan wel belastend zijn geformuleerd.

Neutrale gezichtspunten zijn factoren die, ook wanneer deze aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden zijn ingekleurd, niet duidelijk maken in welke richting zij wijzen.<sup>169</sup> Uit eerder (arbeidsrechtelijk) onderzoek bleek dat, in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, de duur van het dienstverband een gezichtspunt is waar men eigenlijk alle kanten mee op kan, zodat het richtinggevend karakter zeer beperkt is. Indien namelijk een werknemer, die bijvoorbeeld al 25 jaar in dienst is, door zijn werkgever op staande voet is ontslagen omdat hij interne veiligheidsvoorschriften heeft overtreden, rijst de vraag of deze omstandigheid nu ten voordele of ten nadele van de werknemer moet werken. Zo kan aan de

---

<sup>167</sup> HR 28 april 2000, NJ 2000, 430.

<sup>168</sup> Zie voor een uitgebreide bespreking van dit arrest hoofdstuk 5.

<sup>169</sup> Loonstra & Quist 2008, p. 24.

ene kant worden betoogd dat een werknemer die al zo lang in dienst is de nodige bescherming verdient, zodat wellicht minder snel moet worden aangenomen dat sprake is van een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigt. Aan de andere kant kan het standpunt worden verdedigd dat de werknemer, juist door zijn lange ervaring, bij uitstek op de hoogte is van het reilen en zeilen binnen de onderneming van de werkgever en dus ook van de aldaar geldende regels. Het oordeel zou dan kunnen zijn dat juist deze (ervaren) werknemer beter had moeten weten.<sup>170</sup>

Op voorhand is dus niet duidelijk of dit gezichtspunt voor de werknemer bevrijdend of belastend werkt. De duur van de dienstbetrekking kan daarom als een neutraal gezichtspunt worden aangemerkt.<sup>171</sup>

Er zijn weinig gezichtspunten waarvan op voorhand kan worden gezegd dat die uitsluitend in het voordeel c.q. nadeel van een bepaalde partij werken. Van weinig factoren kan dus op voorhand al worden gezegd dat die (altijd) een bevrijdend c.q. belastend karakter hebben. Een uitzondering wordt, wederom in het kader van het ontslag op staande voet, gevormd door de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, in het bijzonder de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. De gevolgen van het ontslag kunnen namelijk alleen maar bijdragen aan het oordeel dat *geen* sprake is van een dringende reden om de arbeidsovereenkomst met de desbetreffende werknemer met onmiddellijke ingang op te zeggen. Indien de rechter tot het oordeel is gekomen dat andere gezichtspunten reeds tot dit oordeel moeten leiden, kunnen de persoonlijke omstandigheden van de werknemer er nooit voor zorgen dat alsnog een dringende reden wordt aangenomen. Dit gezichtspunt heeft dan ook uitsluitend een (voor de werknemer) bevrijdende en dus geen belastende werking.<sup>172</sup>

#### **2.4.5.3 Voorwaardelijke gezichtspunten**

Zo goed als alle gezichtspunten zijn onvoorwaardelijk, hetgeen betekent dat zij zonder meer in de voorliggende zaak toegepast kunnen of moeten worden. Er is daarentegen een klein aantal gezichtspunten aan te wijzen dat alleen toegepast hoeft te worden indien aan een nadere voorwaarde is voldaan. Deze gezichtspunten hebben een voorwaardelijk karakter. Ik noem ook hier enkele voorbeelden.

---

<sup>170</sup> Zie voor een geval waarin de rechter tot een dergelijk oordeel kwam Hof Den Haag 11 februari 2005, JAR 2005/114.

<sup>171</sup> Dit is althans de theorie. In de praktijk blijkt dat de duur van het dienstverband vaak in het voordeel van de werknemer wordt uitgelegd. Zie Quist 2007a, p. 27-28.

<sup>172</sup> Quist 2007a, p. 33.

In uitspraak nummer 28 werd geoordeeld over de aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW. De vraag of een opstal in een gebrekkige toestand verkeert, dient te worden beantwoord aan de hand van een zestal door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten. Aan deze lijst met relevante factoren heeft de Hoge Raad een voorwaardelijk gezichtspunt toegevoegd, dat speciaal in het leven is geroepen voor de situatie dat een overheidslichaam ex art. 6:174 BW aansprakelijk wordt gehouden. De Hoge Raad overwoog dat, in het geval de aansprakelijkheid op een overheidslichaam rust, mede betekenis kan toekomen aan de hem toekomende beleidsvrijheid en ter beschikking staande financiële middelen.

Een ander en iets minder recent voorbeeld biedt het arrest van de Hoge Raad van 9 november 2007,<sup>173</sup> dat gaat over de aansprakelijkheid voor door ondergeschikten gepleegde onrechtmatige gedragingen.<sup>174</sup> Ook in dit verband is een catalogus van gezichtspunten geformuleerd. De Hoge Raad overwoog voorts dat ook andere omstandigheden van belang kunnen zijn, waarbij de rol van de leidinggevende bijzondere aandacht vraagt. De Hoge Raad oordeelde dat het voor aansprakelijkheid ex art. 6:170 BW weliswaar geen noodzakelijke voorwaarde is dat aan degene die namens de werkgever zeggenschap had over de desbetreffende gedragingen, een verwijt valt te maken van de fout van die ondergeschikten, maar indien de leidinggevende daarvan wel een verwijt valt te maken, is dat van belang bij de beoordeling van de vraag of een beroep op art. 6:170 BW kan slagen. Ook hier dus een voorwaardelijk gezichtspunt.<sup>175</sup>

## 2.5 Waarom hanteert de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi?

In zijn arresten waarin een gezichtspuntencatalogus is geformuleerd, heeft de Hoge Raad niet aangegeven *waarom* hij dat heeft gedaan. Toch blijft het niet slechts gissen waarom de Hoge Raad van dit instrument gebruik maakt.

H. Drion, oud vice-president van de Hoge Raad, heeft in zijn in 1984 tegenover Bruinsma en Huls afgelegde interview enig inzicht gegeven in het antwoord op de vraag waarom de Hoge Raad in sommige gevallen een gezichtspuntencatalogus formuleert. In de woorden van Drion:

‘Soms is het niet mogelijk een harde en algemene regel te formuleren, bijvoorbeeld omdat de materie nog te weinig uitgekristalliseerd is, of omdat we niet overzien wat de gevolgen voor de samenleving zijn, terwijl we wel vinden

---

<sup>173</sup> JAR 2007/305.

<sup>174</sup> Dit – arbeidsrechtelijke – arrest zal in paragraaf 3.2.3.11 nader aan de orde komen.

<sup>175</sup> Loonstra & Quist 2008, p. 16. Zie voor nog een voorbeeld arrest nummer 10 in paragraaf 2.3.1.

dat er een opening in een bepaalde richting moet komen, waarbij een aantal factoren een rol kunnen of moeten spelen.<sup>176</sup>

Hesselink schreef hierover dat als de Hoge Raad niet zeker weet wat de juiste scherpe norm is, de rechtszekerheid belangrijker is dan snelle rechtsontwikkeling. De Hoge Raad moet dan behoedzaam stapje voor stapje opereren met een norm die in het begin vaag is, maar in de loop van de tijd wordt bijgeschaafd tot een scherpe norm. En bovendien is het zo dat in bepaalde zaken de feiten van het geval erg bepalend zijn en dat deze moeilijk in algemene normen te vangen zijn.<sup>177</sup> Ook de betekenis van hard and fast rules wordt namelijk in de context van een bepaalde zaak bepaald.<sup>178</sup>

Het lijkt voor de hand te liggen dat de door Drion genoemde argumenten een rol kunnen spelen in gevallen waarin de wetgever verdere rechtsvorming, al dan niet uitdrukkelijk, aan de rechter heeft overgelaten.<sup>179</sup> In die gevallen treedt de Hoge Raad op als wetgever-plaatsvervanger en dat houdt in dat hij het juridisch kader dient te scheppen waarbinnen een bepaald soort zaak dient te worden afgedaan. Indien het dan niet goed mogelijk is een harde en algemene regel te formuleren, kan een gezichtspuntencatalogus een geschikte oplossing zijn.<sup>180</sup> De Hoge Raad kan daarmee toch enige richting aangeven, terwijl de rechter niet wordt vastgepind en waarbij de flexibiliteit behouden blijft.

Soms wordt door derden om een gezichtspuntencatalogus verzocht. Een voorbeeld uit de literatuur is te vinden in de kroniek vermogensrecht in het NJB 2005/31. Hartlief en Tjittes hebben bij hun bespreking van de uitleg van

<sup>176</sup> Bruinsma & Huls 1984, p. 572. Korthals Altes en Groen hebben hierover naar voren gebracht dat de materie naar hun oordeel in vele gevallen te gecompliceerd is om deze te reguleren in harde algemene regels of vuistregels. Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), p. 232, voetnoot 1.

<sup>177</sup> Hesselink 1993, p. 731. Zie ook paragraaf 2.2.2.

<sup>178</sup> Loth & Gaakeer 2005, p. 35.

<sup>179</sup> Vgl. Pontier 1998, p. 78. De wetgever kan dat bijvoorbeeld doen door essentialia in wetsbepalingen door de rechter te laten invullen (Ten Kate & Van Koppen 1984, p. 9). Zie hierover, voor wat het arbeidsrecht betreft, reeds Molenaar 1953, p. 586. Molenaar schreef 'dat op allerlei gebieden des rechts de wetgever zich van ruim gestelde formuleringen heeft bediend, waardoor als het ware de rechter wordt uitgenodigd niet alleen om het wettelijk recht te verklaren, maar ook nieuw recht te vormen.'

<sup>180</sup> Van Dijk heeft uiteengezet dat de ontwikkeling van gezichtspuntencatalogi mede onder invloed van de invoering van het Nieuw BW in 1992 een impuls kreeg. Van Dijk 2006, p. 31. Vgl. in dit verband ook Nieuwenhuis 1992, p. 289-290.

contracten<sup>181</sup> naar voren gebracht dat een objectieve uitleg mogelijk is bij toepassing van het zogenoemde Haviltex-criterium.<sup>182</sup> Deze objectieve uitleg is mogelijk vanwege processuele redenen (bijvoorbeeld indien er niets is gesteld omtrent hetgeen partijen over en weer hebben verklaard of redelijkerwijs hebben begrepen omtrent de uitleg van een contractsbeding) of vanwege de aard van een contract (bijvoorbeeld indien het gaat om de uitleg van goederenrechtelijke contracten als een overdrachts- of vestigingsakte). Hartlief en Tjittes menen dat hierbij een beetje meer richting van de Hoge Raad door middel van een gezichtspuntencatalogus gewenst is. Hoe die precies vorm moet krijgen wordt echter niet aangegeven. Bij mijn weten heeft de Hoge Raad op dit punt de suggestie van Hartlief en Tjittes (nog) niet gevolgd.

Ook Akkermans heeft, weliswaar op een heel ander terrein, voorgesteld een gezichtspuntencatalogus te introduceren. Reeds in 2004 heeft hij de ontwikkelingen in de rechtspraak met betrekking tot de beoordelingsruimte van de rechter bij een verzoek tot het gelasten van een (voorlopig) deskundigenbericht tegen het licht gehouden. Mede aan de hand van de arresten van de Hoge Raad van 12 september 2003<sup>183</sup> en 19 december 2003<sup>184</sup> heeft hij een overzicht gegeven van de factoren die daarbij van belang zijn. Hieruit is naar voren gekomen dat de rechter zowel bij het gewone deskundigenbericht als bij het voorlopig deskundigenbericht een ruime bevoegdheid heeft om het daartoe strekkende verzoek op zijn merites te beoordelen. Akkermans heeft bepleit dat het goed zou zijn wanneer een gezichtspuntencatalogus zou worden ontwikkeld met behulp waarvan de betreffende afweging door de rechter kan worden gemaakt.<sup>185</sup> Naar zijn oordeel zou dat de kwaliteit en de voorspelbaarheid van de rechterlijke besluitvorming over deze materie ten goede komen.<sup>186</sup>

Akkermans heeft hiervoor ook een eerste aanzet gegeven, waarvoor hij aansluiting heeft gezocht bij de noot van Snijders onder het arrest van de Hoge Raad van 6 februari 1998.<sup>187</sup> Als mogelijke gezichtspunten heeft Akkermans onder andere genoemd (1) de fase waarin het geschil tussen partijen verkeert, (2) de aard van de door de deskundige te onderzoeken materie en (3) de omstandigheid dat het verzoek tot het gelasten van een (voorlopig)

---

<sup>181</sup> Hartlief & Tjittes 2005, p. 1606.

<sup>182</sup> Het Haviltex-arrest is één van de gezichtspuntenarresten van de Hoge Raad. Zie arrest nummer 2 in paragraaf 2.3.1.

<sup>183</sup> NJ 2005, 441, m.nt. DA onder HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442.

<sup>184</sup> NJ 2004, 584, alsmede JBPr 2004, 30, m.nt. E.F. Groot.

<sup>185</sup> Akkermans, Elferink & Van 2005, p. 120.

<sup>186</sup> Akkermans 2004, p. 99.

<sup>187</sup> NJ 1999, 478. Zie de annotatie onder punt 7.

deskundigenonderzoek prematuur of juist tardief is. Bij de beoordeling van een verzoek om een nieuw deskundigenbericht, bijvoorbeeld in hoger beroep, kunnen mogelijke factoren zijn (4) of de verzoeker al dan niet met de persoon van de eerste deskundige heeft ingestemd en (5) of de voorgestelde vragen al dan niet wezenlijk afwijken van de reeds eerder onderzochte vraagstelling. Ook kan mogelijk het fundamentele recht op hoger beroep van gewicht zijn bij de beoordeling door de rechter, zeker in het geval de verzoekende partij aannemelijk weet te maken dat zijn bezwaren tegen een eerder uitgebracht deskundigenbericht (mede) gebaseerd zijn op door hem zelf gemaakte fouten (die in hoger beroep, gelet op de herkansingsfunctie van het appel, hersteld moeten kunnen worden)<sup>188</sup> of naar aanleiding van voortgeschreden inzicht.<sup>189</sup>

Ondanks hetgeen Snijders in zijn NJ-annotatie en Akkermans in zijn AV&S-artikel naar voren hebben gebracht, heeft de Hoge Raad ook deze suggestie voor het formuleren van een gezichtspuntencatalogus (nog) niet overgenomen.<sup>190</sup>

Een ander voorbeeld levert Verburg. Voor de vraag of smartengeld bij wijze van rechtshandhaving<sup>191</sup> moet worden toegekend in geval van aantasting in de persoon dient een gezichtspuntencatalogus naar het oordeel van Verburg uitkomst te bieden.<sup>192</sup> Als relevante factoren noemt hij (1) de aard (status) van

<sup>188</sup> Vgl. HR 26 maart 2004, NJ 2004, 637, m.nt. JdB, HR 16 februari 2007, NJ 2007, 117 en HR 29 juni 2007, NJ 2007, 638, m.nt. E.J. Dommering onder NJ 2007, 639. Zie over de herkansingsfunctie van het hoger beroep Hovens 2005, p. 244 e.v., Wendels/Snijders 2009, nr. 3, alsmede Hovens 2007, p. 123 e.v.

<sup>189</sup> Bijvoorbeeld ten aanzien van de vraagstelling, de benodigde deskundigheid en/of de relevante opvattingen van de deskundige. Vgl. Akkermans 2004, p. 97.

<sup>190</sup> Fortis ASR heeft in de procedure die leidde tot de beschikking van de Hoge Raad van 22 februari 2008, NJ 2010, 543, ook een poging gewaagd, zo blijkt uit onderdeel 3.1 van het aan de Hoge Raad gerichte verzoekschrift. De door Fortis ASR voorgestelde catalogus had overigens geen betrekking op de vraag of een (voorlopig) deskundigenbericht moet worden gelast, maar op de vraag of – uitgaande van een deskundigenbericht – het slachtoffer in een letselschadezaak medische informatie moet verstrekken. Fortis ASR heeft een catalogus van zeven vragen opgesteld, waarbij een positieve beantwoording een gezichtspunt ten faveure van overlegging van alle medische gegevens zou moeten opleveren. Ook deze catalogus is door de Hoge Raad niet overgenomen. Ik wijs voorts op de noot van C.J.M. Klaassen onder deze beschikking (onderdeel 11), waarin zij heeft voorgesteld dat de branche (verzekeraars en letselschadeadvocaten) zelf een gezichtspuntencatalogus opstellen aan de hand waarvan kan worden getoetst of en in hoeverre het overleggen van de patiëntenkaart en andere medische informatie in een concreet geval op zijn plaats is. Naar het oordeel van Klaassen hoeft de rechter in letselschadezaken (ook) wat betreft de verstrekking van medische informatie zo min mogelijk in beeld te komen.

<sup>191</sup> Vgl. Verburg 2009, p. 90, alsmede Verheij 2002, p. 445 en 448.

<sup>192</sup> Verburg 2009, p. 90.

het geschonden recht, (2) de mate waarin de benadeelde in zijn zelfbeschikkingsrecht is getroffen, (3) de kwetsbaarheid van het geschonden recht, (4) het bestaan van andere handhavingsmiddelen (dan het vorderen van smartengeld), (5) het voordeel van de inbreukmaker, (6) de positie van de benadeelde, (7) de kans op schade en (8) de ernst daarvan en (9) het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking. Verburg heeft deze gezichtspunten ontleend aan Verheij, die ze reeds noemde in zijn proefschrift uit 2002.<sup>193</sup> Ook deze suggestie heeft, het wordt eentonig, niet tot een door de Hoge Raad geformuleerde catalogus van gezichtspunten geleid.

Wordt een suggestie tot het formuleren van een gezichtspuntencatalogus dan nooit overgenomen? De hierboven geschetste voorbeelden uit de literatuur lijken deze vraag bevestigend te beantwoorden. Toch is er een voorbeeld bekend van een geval waarin de Hoge Raad wel iets met een dergelijke suggestie heeft gedaan.

In verschillende conclusies in zogenoemde asbestzaken heeft A-G Spier er een lans voor gebroken de (verjarings)deur niet zonder meer en in alle gevallen te sluiten, indien de absolute verjaringstermijn van 30 jaar is verstreken voordat de schade aan het licht komt, met andere woorden voordat de asbestgerelateerde ziekte wordt ontdekt. Reeds in 1998 heeft Spier geconcludeerd dat het antwoord op de vraag of in een concreet geval voldoende grond bestaat voor afwijking van het wettelijke verjaringsregime afhangt van tal van omstandigheden, waarbij de A-G uitdrukkelijk noemde (1) de vraag of werkelijk sprake is van onbekendheid, (2) de vraag of de tot schadevergoeding aangesprokene bekend was of bekend had kunnen zijn met de mogelijkheid van schade(veroorzaking), (3) de aard van de schade, (4) de vraag of, door het achterwege laten van strikte toepassing van de verjaringsregeling, de aansprakelijke partij verzekeringsdekking misloopt en (5) eventuele effecten op de verzekerbareheid.<sup>194</sup>

In 2000 heeft Spier zijn standpunt herhaald. In zijn conclusies voor de arresten Van Hese/De Schelde<sup>195</sup> en Rouwhof/Eternit<sup>196</sup> heeft de A-G de hierboven genoemde factoren herhaald, waarbij hij één gezichtspunt heeft aangevuld en een ander gezichtspunt heeft toegevoegd. Ten aanzien van de

<sup>193</sup> Zie voor een uitwerking van de genoemde factoren Verheij 2002, p. 488-499. Ook Lindenberg staat op dit punt een gezichtspuntenbenadering voor. Vgl. Lindenberg 1998, p. 155-157.

<sup>194</sup> Vgl. de conclusie voor HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 onder 3.24 en 3.27.

<sup>195</sup> HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, conclusie onder 10.18.

<sup>196</sup> HR 28 april 2000, NJ 2000, 431, conclusie onder 8.18.

vraag of de aansprakelijke persoon, door het achterwege laten van strikte toepassing van de verjaringsregeling, verzekeringsdekking misloopt, heeft Spier opgemerkt dat het naar zijn oordeel moet gaan om verzekeringsdekking tegen een aanvaardbaar te achten premie. Dit laatste aspect (de aanvaardbare premie) is een aanvulling ten opzichte van de conclusie uit 1998. Als nieuwe relevante factor heeft Spier in zijn conclusies uit 2000 toegevoegd dat ook het tijdsverloop tussen het bekend worden van de schade en het instellen van de vordering van belang is.

In het arrest Van Hese/De Schelde heeft de Hoge Raad deze suggestie van een lijst met relevante factoren overgenomen. De Hoge Raad overwoog<sup>197</sup> dat de vraag of toepassing van de verjaringstermijn van 30 jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, zo vervolgde de Hoge Raad, vallen te noemen (1) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde, (2) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat, (3) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten, (4) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn, (5) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren, (6) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt en (7) of na het aan het licht komen van de schade binnen een redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.<sup>198</sup>

In deze catalogus herkennen we verschillende van eerder door A-G Spier genoemde relevante factoren. Op de gezichtspunten zelf, zal ik in hoofdstuk 5 nader ingaan. Hier is van belang te constateren dat de Hoge Raad soms de suggestie van anderen, bij een bepaald onderwerp een gezichtspunten-catalogus te formuleren, overneemt, al zijn er nog niet veel die ook daadwerkelijk succes hebben gehad.

---

<sup>197</sup> In r.o. 3.3.3.

<sup>198</sup> Zie over het feit dat de Hoge Raad deze gezichtspuntencatalogus heeft ontleend aan Spier, Heerma van Voss & Van der Heijden 2000, p. 1552 en Van Boom 2000, p. 59, voetnoot 29.



Een ander en veel ouder voorbeeld geeft de (in 1978 geschreven) annotatie van Wiarda onder het arrest van de Hoge Raad van 3 november 1961,<sup>199</sup> dat gaat over ontslag op staande voet.<sup>200</sup> Aan het slot van zijn noot schreef Wiarda:

‘Naast een min of meer marginale toetsing voor een concrete situatie, naast het aangeven van algemeen geldende subnormen, of vuistregels voor bepaalde categorieën van gevallen kan de cassatierechter nog op andere wijze trachten bij te dragen tot een rechtsontwikkeling waarbij aan vage normen die in onze wetgeving een steeds grotere plaats schijnen te gaan innemen, wat meer houvast wordt gegeven. Ik denk aan de jurisprudentie waarbij met het oog op bepaalde gevallen of concrete gevallen weliswaar geen subnormen of vuistregels worden gesteld, maar wèl wordt aangegeven met welke elementen, aanknopingspunten, bij de toepassing van de vage norm moet worden rekening gehouden. Het H.B.U.-arrest van 5 november 1965 N.J. 1966, 130 is daarvan een voorbeeld.<sup>201</sup>

Op het gebied van de dringende reden ken ik daarvan nog geen voorbeeld; ook daar lijkt echter een ontwikkeling in die richting denkbaar.’

Deze woorden van Wiarda zijn profetisch gebleken, al heeft het nog tot 1999 geduurd voordat de Hoge Raad in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet een gezichtspuntencatalogus heeft geformuleerd.<sup>202</sup> In hoofdstuk 6 zal hier uitgebreid op in worden gegaan.

Volledigheidshalve merk ik op dat het niet uitsluitend de rechter is die gebruik maakt van gezichtspuntencatalogi. Soms werkt de wetgever zelf ook met lijsten met relevante factoren, die dan uiteraard hun weerslag vinden op de rechtspraak. Dat is bijvoorbeeld het geval in art. 3:12 BW. Dit artikel bepaalt dat bij de

---

<sup>199</sup> NJ 1962, 192. Ik heb de noot ontleend aan Wiarda 1978, p. 70-74.

<sup>200</sup> Dat destijds nog geregeld werd in de artt. 1639o en 1639p (oud) BW.

<sup>201</sup> Wiarda wijst op het Saladin/HBU-arrest, maar noemt de datum waarop het Kelderluik-arrest is gewezen, te weten 5 november 1965 (NJ 1966, 136). Het arrest Saladin/HBU dateert van 19 mei 1967. De genoemde vindplaats (NJ 1966, 130) is ook niet juist. De vindplaats verwijst naar het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 13 mei 1965 en gaat over een onrechtmatige publicatie in een boek. Het arrest Saladin/HBU is gepubliceerd in NJ 1967, 261.

<sup>202</sup> Voor het specifieke geval dat de werknemer had deelgenomen aan een tegen de regering gerichte staking en de werkgever hem daarom op staande voet had ontslagen, heeft de Hoge Raad reeds in zijn arrest van 25 november 1977, NJ 1978, 176 een aantal mogelijk relevante factoren genoemd. Sagel wees daarop in zijn proefschrift. Sagel 2013, p. 251. De ‘algemene maatstaf’ werd wel voor het eerst in HR 12 februari 1999, JAR 1999/102, geformuleerd, aldus ook Sagel 2013, p. 215.

vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid<sup>203</sup> eisen, rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval betrokken zijn. Art. 3:12 BW geeft dus aan welke factoren moeten worden betrokken bij de invulling van de vage norm ‘redelijkheid en billijkheid’ in een concreet geval.<sup>204</sup> Een ander voorbeeld biedt art. 6:98 BW. Om te beoordelen of er al dan niet sprake is van een causale relatie tussen een onrechtmatige daad en de ontstane schade, moet worden gekeken naar de aard van de schade en de aard van de aansprakelijkheid. In de parlementaire geschiedenis is hieraan toegevoegd dat ook hetgeen naar objectief inzicht voorzienbaar of waarschijnlijk is een rol zal kunnen (blijven) spelen.<sup>205</sup>

Een ander voorbeeld geeft de parlementaire geschiedenis bij art. 6:170 lid 3 BW. Dit artikellid bepaalt dat indien de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij staat beide voor dezelfde schade aansprakelijk zijn, de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding hoeft bij te dragen. Met andere woorden, niet de werknemer die een onrechtmatige daad heeft gepleegd, maar de werkgever is in hun interne relatie gehouden de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Op grond van de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van hun verhouding, kan van deze hoofdregel worden afgeweken. In de parlementaire geschiedenis bij art. 6:170 lid 3 BW is uiteengezet dat tot de relevante omstandigheden onder meer behoren (1) de schuldgraad bij de ondergeschikte, (2) de aard van de opgedragen werkzaamheden, (3) het risico dat de opgedragen taak meebrengt, (4) de duur van de dienstverhouding en (5) de omvang van de beloning.<sup>206</sup> Deze gezichtspunten zijn ook van belang voor art. 7:661 BW, dat een met art. 6:170 lid 3 BW vergelijkbare regeling kent.<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> In de zin van art. 6:2 en 6:248 BW.

<sup>204</sup> Zie over dit artikel het arrest van het Hof Amsterdam van 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0027, waarin het hof (in r.o. 5.20) overwoog dat er tussen deze verschillende gezichtspunten geen rangorde bestaat.

<sup>205</sup> Parl. Gesch. Boek 6, p. 345.

<sup>206</sup> Parl. Gesch. Boek 6, p. 717, alwaar aan deze lijst met factoren is toegevoegd dat een opsomming van alle op dit punt relevante factoren en het aangeven van de betekenis daarvan voor de onderlinge draagplicht in de wet zelf niet goed mogelijk is. Het invullen van de in art. 6:170 lid 3 BW bedoelde ‘omstandigheden van het geval’ wordt aan de rechter overgelaten, waartegen volgens de parlementaire geschiedenis te minder bezwaar bestaat, nu in de praktijk de opdrachtgever slechts zelden zijn verhaalsrecht op de ondergeschikte uitoefent. Parl. Gesch. Boek 6, p. 28 noemt enkele voorbeelden van situaties waarin er mogelijk wel een verhaalsrecht op de ondergeschikte kan bestaan. Genoemd is bijvoorbeeld het geval dat iemand als directeur in dienst was van de aangesproken NV. Daarnaast valt te denken aan het geval dat de ondergeschikte bij de

Ik wijs voorts op de regeling van de schuldsanering natuurlijke personen (WSNP). Een verzoek om tot de schuldsanering te worden toegelaten kan slechts worden toegewezen als de schuldenaar, kort gezegd, ten aanzien van het ontstaan van de schulden te goeder trouw is, zo volgt uit art. 288 Fw. In de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat ervan wordt uitgegaan dat de rechter in een concreet geval met alle omstandigheden rekening kan houden.<sup>208</sup> In de memorie van antwoord is in dit kader naar voren gebracht dat daarbij een rol spelen: (1) de aard en de omvang van de vorderingen, (2) het tijdstip waarop de schulden zijn ontstaan, (3) de mate waarin de schuldenaar een verwijt gemaakt kan worden dat de schulden zijn ontstaan en onbetaald zijn gelaten en (4) het gedrag van de schuldenaar voor wat betreft zijn inspanningen de schulden te voldoen of acties zijnerzijds om verhaal door schuldeisers juist te frustreren.<sup>209</sup>

## 2.6 Functies van gezichtspuntencatalogi

In de vorige paragraaf is uiteengezet dat de Hoge Raad in zijn gezichtspuntenrechtspraak niet aangeeft waarom in de desbetreffende arresten een lijst met relevante omstandigheden is geformuleerd. Als dat wel zou gebeuren, zouden we wellicht ook meer inzicht hebben in de functies die gezichtspuntencatalogi volgens de Hoge Raad moeten vervullen. Omdat de Hoge Raad zich hierover in stilzwijgen hult, zal ik ingaan op de in de literatuur aan gezichtspuntencatalogi toegedichte functies.

Opmerking verdient allereerst dat, nu de Hoge Raad zelf niet aangeeft wat hij met een bepaalde catalogus van relevante factoren beoogt, niet steeds duidelijk is wat precies de *functies* van gezichtspuntencatalogi zijn en wat de *gevolgen* zijn van het gebruik ervan. Dit onderscheid kan niet altijd even scherp worden gemaakt. Zo rijst bijvoorbeeld de vraag of het vergroten van de voorspelbaarheid van de uitkomst van procedures een door de Hoge Raad aan catalogi toegedichte functie is of dat het niet meer en niet minder is dan een gevolg van het gebruik door de lagere rechter van de desbetreffende catalogus.

---

vervulling van zijn taak zijn eigen auto gebruikt en de schade waarvoor de werkgever jegens een derde mede aansprakelijk is, onder de WAM-polis van de werknemer gedekt is. Zie over de problematiek van art. 6:170 lid 3 BW voorts Losbl. Kluwer Onrechtmatige daad, art. 170, aant. 75.1, alsmede Asser-Hartkamp 4-III, nr. 150.

<sup>207</sup> Vgl. De Wolff 2007, p. 49.

<sup>208</sup> Kamerstukken II 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 14.

<sup>209</sup> Kamerstukken II 1992/93, 22 969, nr. 6, p. 20. Zie over deze gezichtspunten HR 12 mei 2000, NJ 2000, 567, m.nt. PvS. Vgl. voorts Wessels 2000, p. 1781, alsmede Huls & Schellekens 2001, p. 81.

### **2.6.1 Scheppen van duidelijkheid**

Bij het in kaart brengen van de functies van gezichtspuntencatalogi hoeven we het (gelukkig) niet helemaal zonder van de Hoge Raad afkomstige informatie te doen, al is het alweer enige tijd geleden dat Bruinsma en Huls het interview met H. Drion, oud vice-president van de Hoge Raad, in het NJB optekenden.<sup>210</sup> Met betrekking tot de achterliggende gedachte achter het fenomeen gezichtspuntencatalogi,<sup>211</sup> heeft Drion, zoals hiervoor is geciteerd, aangegeven dat het soms niet mogelijk is een harde en algemene regel te formuleren, bijvoorbeeld omdat de materie nog te weinig uitgekristalliseerd is of omdat niet te overzien is welke gevolgen een harde regel zal hebben, terwijl de Hoge Raad wel van oordeel is dat er een opening in een bepaalde richting moet komen, waarbij een aantal factoren een rol kan of moet spelen.

Verderop in het interview kwam aan de orde dat het de Hoge Raad te doen is om het verstrekken van duidelijkheid. Drion vervolgde over de keuze van de te noemen gezichtspunten:

‘We doen het natuurlijk voor de duidelijkheid. Ik wil best geloven dat de lagere rechter alles heeft meegewogen, maar als het niet in zijn uitspraak staat, dan weet je dat niet. Anderzijds kan je bij het opstellen van de catalogus niet de evidenties zonder meer weglaten, anders denkt men dat de HR dat niet evident vindt, en gaat men achter dat weglaten bedoelingen zoeken. Het belang van de lijst zit ‘m dan in wat niet zo evident is; waarvan wij het idee hebben dat men het gemakkelijk over het hoofd ziet.’

Drion heeft aangegeven dat de Hoge Raad door het formuleren van gezichtspunten duidelijkheid wil scheppen omtrent de vraag welke feiten en omstandigheden van belang zijn of van belang kunnen zijn en dan met name ten aanzien van de factoren waarvan de Hoge Raad van oordeel is dat die gemakkelijk over het hoofd worden gezien.

### **2.6.2 Vergroten van voorspelbaarheid**

Een andere aan gezichtspuntencatalogi toegedichte functie betreft het vergroten van voorspelbaarheid. Onder andere Akkermans heeft dit aspect aan de orde gesteld. In 2004 heeft hij, zoals hiervoor is aangegeven, een voorstel gedaan

---

<sup>210</sup> Bruinsma & Huls 1984, p. 569 e.v.

<sup>211</sup> In het interview ‘normencatalogus’ genoemd. Deze term lijkt mij minder geschikt, aangezien het niet gaat om een catalogus van normen, maar juist om een catalogus van gezichtspunten die tezamen de norm vormen aan de hand waarvan de voorliggende zaak moet worden beoordeeld. Zie hierover paragraaf 2.2.3.

voor het formuleren van een gezichtspuntencatalogus ter beantwoording van de vraag of een (voorlopig) deskundigenbericht moet worden gelast. Akkermans schreef dat, om de feitenrechter behulpzaam te kunnen zijn en om zijn beslissing meer voorspelbaar te maken, het goed zou zijn om een catalogus te ontwikkelen van de gezichtspunten die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van een verzoek om een deskundigenbericht.<sup>212</sup>

Akkermans heeft niet beschreven in welke mate een gezichtspuntencatalogus aan de voorspelbaarheid van de rechterlijke beslissing kan bijdragen. In de volgende paragraaf, waarin de op het hanteren van lijsten met relevante omstandigheden geuite reacties aan bod komen, zal aan de orde komen dat in het algemeen wordt aangenomen dat de uitkomst van een procedure die aan de hand van een gezichtspuntencatalogus moet worden beoordeeld helemaal niet zo voorspelbaar is.

### **2.6.3           Gezichtspuntencatalogi helpen invulling te geven aan open en evaluatieve begrippen**

Door het formuleren van een gezichtspuntencatalogus kan invulling worden gegeven aan open of vage normen.<sup>213</sup> Aan dergelijke normen moet in ieder afzonderlijk geval, in laatste instantie door de Hoge Raad, invulling worden gegeven.<sup>214</sup> Giesen en Schelhaas hebben in dit verband naar voren gebracht dat de wetgever zich realiseert dat hij niet de enige rechtsvormer is en dat hij op verschillende plekken in het BW vage normen heeft opgenomen, om de rechtsontwikkeling te faciliteren en ruimte te geven aan rechterlijke rechtsvorming.<sup>215</sup> Door het formuleren van gezichtspuntencatalogi kan de Hoge Raad de lagere rechter en partijen (enig) houvast bieden bij beslissingen die een

---

<sup>212</sup> Akkermans 2004, p. 94.

<sup>213</sup> Zie over dit begrip onder andere Smith 2007, p. 35 en 41-42. Zie ook Snijders 1978, p. 177 e.v. Snijders heeft beschreven dat uit zijn onderzoek bleek dat de Hoge Raad in 22,2% van de uitspraken een beslissing heeft gegeven over een vaag normbestanddeel. Voor de gerechtshoven lag dat percentage op niet minder dan 65,2%. Mij is niet bekend hoe die percentages anno nu liggen, maar wel is duidelijk dat ze een zeer belangrijke rol spelen in de rechtspraak van de burgerlijke rechter. Zie over het begrip evaluatieve normen ook Rood 1981, p. 229. Vgl. voorts Sagel 2013, p. 347, die schreef dat gezichtspuntencatalogi van nut kunnen zijn bij het invullen van min of meer vage normen, waarbij de redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol spelen.

<sup>214</sup> Dijkhoff, Keukens & Reynaers 2006, p. 14.

<sup>215</sup> Giesen & Schelhaas 2006, p. 162. Vgl. ook Ten Kate & Van Koppen 1984, p. 9, Pontier 1998, p. 78, Vranken 2000, p. 2, Martens 2000, p. 748 en Hammerstein 2009, p. 673. Mede onder invloed van de invoering van het Nieuw BW in 1992 kreeg de ontwikkeling van gezichtspuntencatalogi een nieuwe impuls. Vgl. Van Dijk 2006, p. 31.

weging van de omstandigheden van het geval in het kader van een open norm of onbepaald begrip inhouden.<sup>216</sup>

Een goed voorbeeld is het, ook eerder genoemde, arrest Schrijver/Van Essen,<sup>217</sup> waarin een gezichtspuntencatalogus is gegeven met betrekking tot de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Art. 7:677 lid 1 BW bepaalt dat zowel de werknemer als de werkgever bevoegd is de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen indien sprake is van een ‘dringende reden’. Dit is een open norm. Wat een dringende reden precies is, is niet duidelijk. De artt. 7:678 en 679 BW geven wel enkele voorbeelden, maar vastomlijnd is het begrip dringende reden niet. Ook buiten de in de wet gegeven voorbeelden zijn situaties denkbaar dat sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. In voornoemd arrest heeft de Hoge Raad vijf gezichtspunten geformuleerd die van belang (kunnen) zijn voor de vraag of sprake is van een dringende reden. Die gezichtspunten dienen er dus toe invulling te geven aan deze open norm. Deze catalogus zal in hoofdstuk 6 nog uitgebreid aan bod komen.

Ook bij evaluatieve termen kunnen gezichtspuntencatalogi dienst doen. Een term is evaluatief als de betekenis van de term met zich brengt dat voor de toepassing daarvan het vellen van een waardeoordeel nodig is.<sup>218</sup> Groenewegen heeft hierover geschreven dat als de wetgever een evaluatieve term gebruikt, de toepasser ervan zelf een waardeoordeel moet vellen. Omdat een waardeoordeel van persoon tot persoon verschillend kan uitvallen, is de betekenis van een evaluatieve term onbepaald.<sup>219</sup> Wel is het mogelijk, zo heeft Groenewegen beschreven, dat de voor het waardeoordeel relevante criteria in de rechtspraak geconcretiseerd en verder uitgewerkt worden. Dat kan bijvoorbeeld aan de hand van een gezichtspuntencatalogus. Groenewegen heeft bij wijze van voorbeeld gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1997,<sup>220</sup> dat handelt over bestuurdersaansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW is vereist dat de desbetreffende bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. ‘Ernstig verwijt’ is een evaluatieve term. Om vast te stellen of iemand een ernstig verwijt kan worden gemaakt is een waardeoordeel vereist. Dit criterium is echter deels geconcretiseerd omdat de Hoge Raad heeft aangegeven welke factoren bij dit oordeel van belang zijn. De Hoge Raad overwoog

---

<sup>216</sup> Memelink 2009, p. 60.

<sup>217</sup> HR 12 februari 1999, JAR 1999/102.

<sup>218</sup> Groenewegen 2006, p. 28.

<sup>219</sup> Ibidem.

<sup>220</sup> NJ 1997, 360, m.nt. Ma. Dit arrest is genoemd in paragraaf 2.3.1, onder nummer 14.

namelijk dat de vraag of in een bepaald geval sprake is van een ernstig verwijt, beoordeeld dient te worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval en dat tot de in aanmerking te nemen omstandigheden onder meer behoren (1) de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, (2) de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, (3) de taakverdeling binnen het bestuur, (4) de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, (5) de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede (6) het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.

Deze gezichtspunten zelf leiden niet tot het antwoord op de vraag of een bepaalde bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De verschillende factoren dienen eerst nog aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van de desbetreffende zaak te worden ingekleurd. Pas daarna kan een (waarde)oordeel worden geveld.

#### **2.6.4 Toetsing van gemengde beslissingen**

In het voorgaande is het begrip gemengde beslissing reeds aan de orde gekomen. Dit zijn beslissingen die niet strikt feitelijk of zuiver juridisch zijn. Zo is bijvoorbeeld het vaststellen van de feiten, zonder daaraan juridische consequenties te verbinden, een feitelijke beslissing, terwijl het bepalen van de inhoud, betekenis en strekking van een rechtsregel een juridische beslissing is.<sup>221</sup> Een zeer belangrijk aspect van het gebruik van gezichtspuntencatalogi is dat feiten en norm ineenvloeden, waardoor het maken van een duidelijk onderscheid tussen de feiten enerzijds en de norm anderzijds niet mogelijk is. Ik verwijs in dit verband naar paragraaf 2.2.3.

Ondanks dat in gemengde beslissingen ook een feitelijke component aanwezig is, waar de Hoge Raad in beginsel 'vanaf dient te blijven', kan de Hoge Raad dergelijke beslissingen toch toetsen, zij het dat sprake is van een beperkte toetsing. De Hoge Raad beperkt zich tot toetsing van het juridische gedeelte van de gemengde beslissing. Dit kan namelijk blijken van een onjuiste rechtsopvatting. Ten aanzien van de toetsing door de Hoge Raad van uitspraken waarin beslissingen zijn vervat die aan de hand van lijsten met gezichtspunten tot stand zijn gekomen, hebben Korthals Altes en Groen het volgende geschreven:

---

<sup>221</sup> Memelink 2009, p. 51.

‘De jurisprudentie waarin de Hoge Raad van gezichtspunten spreekt, omvat zowel casserende als verwerpende uitspraken. In de casserende arresten vernietigt de Hoge Raad de bestreden uitspraak omdat de lagere rechter bij zijn beslissing de opgesomde gezichtspunten niet in aanmerking heeft genomen of van onjuiste maatstaven is uitgegaan. (...) Bij verwerping volgt na de opsomming van de gezichtspunten doorgaans de overweging dat de lagere rechter die gezichtspunten (kennelijk) in acht heeft genomen of dat niet blijkt dat hij zulks niet heeft gedaan.’<sup>222</sup>

Uit het voorgaande vloeit voort dat de Hoge Raad onder andere kan casseren in geval de rechter de gezichtspuntencatalogus niet in acht heeft genomen, uit zijn motivering niet blijkt dat en hoe de gezichtspunten tegen elkaar zijn afgewogen en de rechter aan één of meerdere gezichtspunten voorbij is gegaan, terwijl partijen deze wel aan hun vordering of verweer ten grondslag hadden gelegd. Cassatie is niet mogelijk ten aanzien van de wijze waarop de rechter de belangen tegenover elkaar heeft afgewogen.<sup>223</sup> Het maken van deze (belangen)afweging is en blijft aan de lagere rechter voorbehouden.

Door het formuleren van gezichtspuntencatalogi houdt de Hoge Raad dus enigszins grip op het toetsen van de gemengde beslissingen die aan de hand van dergelijke catalogi tot stand komen. Op deze wijze kan de Hoge Raad leiding<sup>224</sup> c.q. sturing<sup>225</sup> geven aan de lagere rechtspraak.

## 2.7 Reacties op het gebruik van gezichtspuntencatalogi

Gezichtspuntencatalogi, die al vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw door de Hoge Raad worden gebruikt, hebben nimmer een bijzonder grote belangstelling in de literatuur gehad. De laatste jaren is daarin wel enige verandering gekomen. Meer en meer lezen we over lijsten met relevante gezichtspunten. Met name het

<sup>222</sup> Asser-Procèsrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 101.

<sup>223</sup> Zie in dit kader hetgeen A-G Wuisman schreef in onderdeel 4.7 van zijn conclusie voor HR 9 februari 2007, NJ 2007, 105 (een art. 7:658 BW-zaak). De A-G behandelde op die plaats rechtsoverweging 3.3 van het arrest van de Hoge Raad van 16 mei 2003, NJ 2003, 176 (Dusarduin/Du Puy). De A-G schreef: ‘In deze laatste overweging aanvaardt de Hoge Raad dat bij de beoordeling van de door de werkgever jegens de werknemer te betrachten zorg ter voorkoming van schade voor laatstgenoemde in de uitoefening van zijn werkzaamheden in aanmerking mag worden genomen zijn werkervaring en kennis omtrent veiligheidsrisico’s. De bepaling van het gewicht dat aan deze omstandigheden in een concreet geval moet worden toegekend, laat de Hoge Raad echter in eerste instantie aan de feitenrechter over. Het betreffende oordeel toetst de Hoge Raad in beginsel niet op zijn juistheid maar op zijn motivering.’

<sup>224</sup> Huls & Schellekens 2001, p. 85.

<sup>225</sup> Jacobs, Massuger & Plessen 2009, p. 3.



arrest Van Hese/De Schelde heeft bijgedragen aan meer aandacht voor gezichtspuntencatalogi in de literatuur. Veel naar voren gebrachte kritiekpunten kunnen namelijk tot dit arrest worden herleid.

Wanneer de literatuur, waarin over gezichtspuntencatalogi is geschreven, wordt gezien, dan blijkt dat de negatieve kritiek overheerst.

### **2.7.1 Positieve reacties**

Laten we echter met het positieve beginnen. Van het gebruik van gezichtspuntencatalogi zijn namelijk zeker ook de positieve aspecten belicht, al zijn die beduidend in de minderheid in vergelijking met de negatieve geluiden.

#### **2.7.1.1 Gezichtspuntencatalogi vormen de brug tussen open normen en de concrete zaak**

Een zonder meer positief geluid is afkomstig van C.E. Drion, de oud-advocaat die met ingang van 1 september 2010 raadsheer in de Hoge Raad is.<sup>226</sup> Drion heeft gesteld dat de Hoge Raad terecht omstandighedencatalogi heeft geïntroduceerd om de brug te slaan tussen algemene, open normen enerzijds en de casuïstiek van de altijd zo kleurrijke praktijk anderzijds. Drion heeft geschetst dat in het burgerlijk recht graag gewerkt wordt met open normen,<sup>227</sup> hetgeen goed is voor de ‘houdbaarheidsdatum’ van ons recht, omdat het daarmee flexibel blijft.

Open normen worden ook wel ‘vage normen’ genoemd, en dat is niet voor niets. Bij dergelijke normen is de invulling namelijk geheel aan de rechtspraktijk overgelaten,<sup>228</sup> wordt de beslissing in het concrete geval aan de rechter gedelegeerd.<sup>229</sup> Het richtinggevend karakter van dergelijke normen is zeer beperkt en dat heeft zijn weerslag op de praktijk.<sup>230</sup> Terecht heeft Drion opgemerkt dat een cliënt, die zich met een bepaalde kwestie tot een advocaat heeft gewend, niet zit te wachten op een (proces)advies waarvan de strekking is dat het kan vriezen en kan dooien. Op basis van zo’n advies kan de cliënt eigenlijk nog steeds geen goede beslissing nemen. De cliënt heeft dan ook behoefte aan zo concreet mogelijke beschouwingen van de advocaat over zijn

---

<sup>226</sup> Drion 2008, p. 1635.

<sup>227</sup> Die vage normen dwingen steeds opnieuw tot het aftasten en uitdiepen van de specifieke omstandigheden van het geval. Asser-Vranken, Vervolg, nr. 95. In Asser-Vranken, nr. 111, verwoordde Vranken het als volgt: ‘Vage normen leiden bijna altijd tot een zeer minutieus nalopen, vaststellen en afwegen van de relevante feiten en omstandigheden.’

<sup>228</sup> Hartkamp 2010, nr. 15.

<sup>229</sup> Duk 2009, p. 20.

<sup>230</sup> Zie uitvoerig over open normen in het arbeidsrecht de bijdrage van Rood aan de Van Oven-bundel, Rood 1981, p. 225 e.v.

zaak. Wanneer de voorliggende zaak echter aan de hand van een open norm moet worden beoordeeld is dat erg lastig, terwijl ook de rechtspraak lang niet altijd voldoende concrete handvatten biedt.

Drion heeft dan ook naar voren gebracht dat de Hoge Raad met het formuleren van gezichtspuntencatalogi de praktijk te hulp schiet, omdat de Hoge Raad met deze lijsten met relevante omstandigheden een brug probeert te slaan tussen de open norm en de omstandigheden van het geval. Hierbij heeft Drion gewezen op de beperking waarmee de Hoge Raad hier te maken heeft. Hij moet namelijk ‘steeds balanceren op het koord van individuele rechtsbescherming naar rechtseenheid en rechtsontwikkeling, boven de diepe valkuil van teveel wetgever-plaatsvervangerschap’.<sup>231</sup>

#### **2.7.1.2 Er wordt uitgegaan van hetzelfde criterium**

Een ander wel gehoord positief punt is dat gezichtspuntencatalogi ertoe leiden dat in de desbetreffende zaken wordt uitgegaan van hetzelfde criterium. Gezichtspuntencatalogi hebben, in de woorden van Sagel, een normerend en uniformerend effect, dat bijdraagt aan de rechtszekerheid en rechtseenheid.<sup>232</sup> Zo wordt de vraag of sprake is van onrechtmatige gevaarzetting steevast beoordeeld aan de hand van de zogenoemde Kelderluik-factoren. Er is dan, in de woorden van Loth, sprake van eenheid van rechtsgronden.<sup>233</sup>

Zodra de Hoge Raad ten aanzien van een bepaald onderwerp een catalogus met gezichtspunten heeft geformuleerd, is niet alleen voor de rechter, maar ook voor partijen duidelijk met welke feiten en omstandigheden men rekening dient te houden.<sup>234</sup> Partijen (of vaak hun belangenbehartiger) kunnen hun stellingen op die gezichtspunten afstemmen.<sup>235</sup> De gezichtspunten fungeren dan als richtingaanwijzer voor de wijze waarop partijen invulling kunnen geven aan hun vorderingen en verweren. En wanneer partijen ingaan op door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten, dan zal de (lagere) rechter ook iets met die factoren moeten, in die zin dat hij ze in de beoordeling van de zaak dient te betrekken. Indien procespartijen dat steevast doen, leidt dat er weer toe dat inderdaad steeds van dezelfde criteria uitgegaan moet worden.<sup>236</sup>

Dat wordt uitgegaan van dezelfde gezichtspunten wil echter geenszins zeggen dat die factoren door de rechter ook steeds op dezelfde wijze worden

---

<sup>231</sup> Drion 2008, p. 1635.

<sup>232</sup> Sagel 2013, p. 348 en 362.

<sup>233</sup> Loth 2005, p. 683.

<sup>234</sup> Loonstra & Quist 2008, p. 24.

<sup>235</sup> Vgl. ook Sagel 2013, p. 348.

<sup>236</sup> Zie hierover Smith 2007, p. 119.

geïnterpreteerd en gewaardeerd. Het is goed mogelijk dat in de ene zaak veel waarde aan een bepaald gezichtspunt wordt toegekend, terwijl in een andere zaak er juist een ander gezichtspunt uitspringt.<sup>237</sup> De eenheid van rechtsgronden levert dus geen garantie op voor eenheid in uitkomsten. Dat betekent dat het in de praktijk kan gebeuren dat ogenschijnlijk gelijke feitencomplexen tot geheel verschillende uitkomsten leiden.<sup>238</sup>

Dat doet er niet aan af dat het gebruik van gezichtspuntencatalogi een bijdrage kan leveren aan de voorspelbaarheid van gerechtelijke procedures, maar die rol dient niet te worden overschat. Dat lijsten met relevante gezichtspunten ertoe leiden dat verschillende rechters in beginsel dezelfde feiten en omstandigheden in hun beoordeling betrekken, mag zo zijn, die gezichtspunten op zichzelf leiden niet tot een bepaalde uitkomst van de zaak, zo zal hieronder nader aan de orde komen.

#### **2.7.1.3 Gezichtspuntencatalogi bieden flexibiliteit**

Een ander positief aspect is door Smits naar voren gebracht. Hij heeft erop gewezen dat belangenafweging aan de hand van gezichtspuntencatalogi leidt tot flexibiliteit, omdat lijsten met relevante factoren toestaan om alle argumenten die de rechter nuttig voorkomen in de omstandigheden van het geval relevant te doen zijn voor de beslissing.<sup>239</sup> Ook Van Dijck heeft erop gewezen dat gezichtspunten een grote flexibiliteit geven in de beoordeling, omdat ze de mogelijkheid bieden een gezichtspunt in het ene geval zwaarder te laten wegen dan in het andere geval.<sup>240</sup> Wolters heeft in dit verband geschreven dat het verbinden van gevolgen aan de omstandigheden van het geval een rechtvaardige oplossing in een concrete, atypische situatie mogelijk maakt.<sup>241</sup> Afhankelijk van hetgeen partijen hebben gesteld is het inderdaad juist dat gezichtspunten een grote mate van flexibiliteit opleveren wat betreft de mogelijkheid voor de beoordeling van de zaak relevante factoren. Rechtspreken aan de hand van gezichtspuntencatalogi is niet voor niets aangeduid als een vorm van casuïstische rechtsvinding.

Het gaat echter ook om flexibiliteit op een ander niveau. Wettelijke normen zijn vaker strakker geredigeerd dan normen die in de rechtspraak tot ontwikkeling zijn gekomen, hetgeen te maken heeft met een verschil in ‘functieomschrijving’;

---

<sup>237</sup> Vgl. Lindenbergh 1998, p. 157.

<sup>238</sup> Zie hierover Sagel & Ubink 1997, p. 680.

<sup>239</sup> Smits 2006, p. 138.

<sup>240</sup> Van Dijck 2006, p. 6.

<sup>241</sup> Wolters 2013, p. 2.

de wetgever is meer op algemeenheid gericht dan de rechter, die beslist in een concreet geval.<sup>242</sup> De beslissing van de rechter kan overigens, indien dat nodig mocht zijn, gemakkelijker worden bijgesteld dan wettelijke normen, waarbij een heel wetgevingsproces doorlopen zal moeten worden. Daardoor zal niet snel en eenvoudig op bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen kunnen worden ingesprongen.<sup>243</sup> Dat in het arbeidsrecht aan deze flexibiliteit behoefte kan bestaan werd reeds verwoord door Molenaar:

‘Het arbeidsrecht heeft zich snel en vaak onvoorzien ontwikkeld. De wetgever heeft begrepen, dat hij de pas niet kon bijhouden. Daarom heeft hij (...) de formulering van talrijke wetteksten zo gekozen, dat de rechter in concrete gevallen de gelegenheid krijgt zijn beslissing aan te passen aan het maatschappelijk leven.’<sup>244</sup>

Bovendien moet worden bedacht dat de Hoge Raad, zoals aangegeven, soms (nog) geen scherpe(re) norm kan geven. In het al eerder aangehaalde interview met Drion is vermeld dat het soms niet mogelijk is een harde en algemene regel te formuleren, bijvoorbeeld omdat de materie nog te weinig uitgekristalliseerd is, of omdat men niet overziet wat de gevolgen voor de samenleving zijn.<sup>245</sup> De Hoge Raad kan dan nog niet alle voors en tegens en consequenties van een bepaalde scherpe norm overzien. Als de Hoge Raad onder die omstandigheden toch een harde en algemene norm geeft, is de kans groot dat hij in een later geval op zijn beslissing terug moet komen en een andere regel moet geven die ook voor het dan te beslissen geval een rechtvaardige oplossing geeft.<sup>246</sup>

### **2.7.2 Negatieve reacties**

Het zijn echter, zoals reeds aangegeven, de negatieve reacties die in de literatuur overheersen. Daarvan zal hieronder verslag worden gedaan. Hier zal blijken dat de verschillende punten van kritiek vaak uit elkaar voortvloeien dan wel in elkaar overlopen.

---

<sup>242</sup> Asser-Vranken, nr. 91.

<sup>243</sup> Bovendien biedt dit als voordeel dat minder normen hoeven te worden ontwikkeld. Zie Van Dijck 2006, p. 126.

<sup>244</sup> Molenaar 1953, p. 587. Zie ook Van der Ven, die schreef ‘(...) dat juist in het arbeidsrecht de feitelijke sociaal-economische achtergronden van zodanige betekenis zijn, dat een wetsbepaling eenvoudig door verandering van omstandigheden zijn zin kan verliezen.’ Van der Ven 1970, p. 254.

<sup>245</sup> Bruinsma & Huls 1984, p. 572.

<sup>246</sup> Hesselink 1993, p. 730.

### **2.7.2.1 Onduidelijk is hoe gezichtspunten geïnterpreteerd en gewogen moeten worden**

Het gebruik van gezichtspuntencatalogi is hierboven geduid als een vorm van casuïstische rechtsvinding, dat wil zeggen rechtsvinding waarin de feiten en omstandigheden van het concrete geval een cruciale rol spelen. Loth en Gaakeer hebben uiteengezet dat casuïstische rechtsvinding op voor de hand liggende bezwaren stuit, waarbij met name de zorg voor rechtseenheid en rechtsgelijkheid aandacht verdient.<sup>247</sup>

Loth en Gaakeer hebben erop gewezen dat, wanneer niet op grond van (dezelfde) criteria wordt geoordeeld, men in arbitrale beslissingen vervalst. Dat is juist, maar bij gezichtspuntencatalogi is wel duidelijk aan de hand van welke criteria de voorliggende zaak moet worden beoordeeld. Dit is een belangrijk pluspunt van het gebruik van lijsten met relevante omstandigheden, zo is in de vorige paragraaf uiteengezet. Echter, aan meer rechtseenheid en rechtsgelijkheid kan dit maar nauwelijks bijdragen. Gezichtspuntencatalogi leiden tot eenheid van gronden,<sup>248</sup> maar niet tot eenheid van uitkomsten van de rechterlijke beoordeling.

Het is een veel gehoord punt van kritiek dat gezichtspuntencatalogi weliswaar aangeven welke feiten en omstandigheden in een bepaalde zaak van belang (kunnen) zijn, maar dat zegt nog niets over de wijze waarop die feiten en omstandigheden aan het oordeel van de rechter moeten bijdragen.<sup>249</sup> Met andere woorden, de catalogi geven niet aan op welke manier de verschillende feiten en omstandigheden tegen elkaar moeten worden afgewogen,<sup>250</sup> hoe zij zich onderling verhouden.<sup>251</sup> Over de vraag welk gewicht de verschillende factoren onderling hebben bestaat niet alleen voor de rechter, maar ook voor partijen, onduidelijkheid. Zo heeft Kloosterhuis geschreven dat er weliswaar gezichtspunten kunnen worden gegeven die in de belangenafweging van de rechter dienen te worden betrokken, maar dat de oordeelsvorming in dit opzicht sterk verweven is met de feiten. Het ontbreken van eenduidig te hanteren criteria voor de definiëring en afweging van belangen staat volgens Kloosterhuis op

---

<sup>247</sup> Loth & Gaakeer 2005, p. 34.

<sup>248</sup> Loth 2005, p. 683.

<sup>249</sup> Zie ook Wolters 2013, p. 7, waar is geschreven dat de precieze invloed van de omstandigheden in het concrete geval vaak niet duidelijk is.

<sup>250</sup> Barendrecht 1992, p. 11. Zie ook Van Drongelen 2006, p. 89. Vgl. ook Hartlief 2012, p. 9. Deze bijdrage is ook verschenen in Hartlief 2011.

<sup>251</sup> Smeehuijzen 2005, p. 52. Vgl. ook Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 251.

gespannen voet met de waarden van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid.<sup>252</sup>

Ook Smith heeft erop gewezen dat de gezichtspunten zelf geen enkele aanwijzing opleveren voor het gewicht dat aan het ene of andere belang moet worden toegekend. Smith heeft zich dan ook afgevraagd hoe de feitenrechter de gezichtspuntencatalogus moet hanteren om tot een beslissing in concreto te komen.<sup>253</sup>

Dit kritiekpunt lijkt zeker opgeld te doen wanneer sprake is van incommensurabiliteit. Daaronder wordt, zo heeft Den Houdijker beschreven, begrepen dat een gemeenschappelijke, normatieve schaal waarop de betrokken belangen gerangschikt kunnen worden ontbreekt. Het ontbreken van zo'n gemeenschappelijke schaal maakt een vergelijking tussen verschillende waarden onmogelijk.<sup>254</sup> Bij het toepassen van gezichtspunten kan hiervan sprake zijn. Immers, de verschillende relevante, in de beoordeling te betrekken, feiten en omstandigheden zijn vaak van verschillende aard en betekenis, zodat zij niet eenvoudig met elkaar vergeleken en dus tegen elkaar afgewogen kunnen worden.

Dat lijsten met relevante gezichtspunten ertoe leiden dat verschillende rechters in beginsel dezelfde feiten en omstandigheden in hun beoordeling betrekken, mag zo zijn, die gezichtspunten op zichzelf leiden niet tot een bepaalde uitkomst van de zaak. De verschillende gezichtspunten moeten worden ingekleurd en gewaardeerd en daarvoor is een keuze (lees: waardering van de feiten) nodig. Smits schreef dan ook dat niet kan worden volstaan met het noemen van topoi, aangezien deze het (belangen)conflict niet kunnen oplossen. Het noemen van gezichtspunten is het begin en kan er alleen toe dienen om de juiste beslissing te vinden.<sup>255</sup> De (juiste) oplossing wordt door een gezichtspuntencatalogus niet aangereikt.

In de literatuur zijn verschillende mogelijkheden geopperd om aan dit bezwaar van het gebruik van gezichtspuntencatalogi tegemoet te komen. Zo is het voorstel gedaan om een hiërarchie tussen de verschillende gezichtspunten aan te brengen, zodat het onderlinge gewicht van de verschillende factoren

---

<sup>252</sup> Kloosterhuis 2006, p. 132. Vgl. in dit verband de in NJB 1997-7 gepubliceerde afscheidsrede van Wiarda als president van de Hoge Raad, waarin op p. 161 te lezen is: 'Rechtspraak naar vaste en duidelijke en voor ieder begrijpelijke of begrijpelijk te maken regels dient derhalve het grote belang van de rechtszekerheid en van de gelijkheid van rechtsbedeling.'

<sup>253</sup> Smith 2006, p. 144.

<sup>254</sup> Den Houdijker 2007, p. 174.

<sup>255</sup> Smits 2006, p. 139.

duidelijk(er) wordt aangegeven.<sup>256</sup> Een andere optie is aangereikt in het boek *De Hoge Raad op de hei*. Daarin is beschreven dat een voorbeeld een gezichtspuntencatalogus zou kunnen verduidelijken. Als de rechter een lijst van factoren meekrijgt, die hij kan (of moet) meewegen bij zijn beslissing, weet hij nog niet hoe die afweging zou kunnen uitvallen. Een ‘voorbeeldafweging’ door de Hoge Raad voor een goed gekozen geval, waar de rechter ‘zijn’ geval naast kan leggen, kan net het aanknopingspunt geven dat de lagere rechter en partijen nodig hebben om hun zaak op te lossen.<sup>257</sup> Dicht hier tegen aan ligt het betoog van Smith, die heeft voorgesteld de zogenoemde gevalsvergelijking toe te passen.<sup>258</sup> Smith heeft beschreven dat de Hoge Raad met gezichtspunten in feite twee vergelijkbare gevallen schetst waarin de afweging niet of in ieder geval minder twijfelachtig is. Het daadwerkelijk te beoordelen geschil kan dan worden vergeleken met de imaginaire ‘buurgevallen’ en die vergelijking zou duidelijk kunnen maken welke omstandigheid, of combinatie van omstandigheden, beslissend is om de zaak op de ene of juist de andere manier te beslissen.<sup>259</sup>

Of de Hoge Raad zich deze kritiek heeft aangetrokken is niet duidelijk. Feit is wel dat de Hoge Raad in zijn arrest van 17 december 2010,<sup>260</sup> dat gaat over de dijkdoorbraak bij Wilnis, niet heeft volstaan met het noemen van gezichtspunten, maar ook iets laat doorschemeren over hun onderlinge gewicht, hetgeen door Tjittes en Van Wechem positief is ontvangen. In hun ‘Kroniek van het vermogensrecht’ schreven zij dat het vanuit een oogpunt van rechtsvinding boeiend is dat de Hoge Raad niet alleen gezichtspunten noemt, maar ook het soortelijk gewicht van de gezichtspunten aangeeft. De Hoge Raad heeft er namelijk op gewezen dat de genoemde factoren in verschillende richtingen kunnen wijzen, maar dat de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de kade ‘zwaarwegende factoren’ zijn, zodat aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt.<sup>261</sup>

---

<sup>256</sup> Zie hierover onder andere Nieuwenhuis 1992, p. 289, Smeehuijzen 2005, p. 52, almede Van Dijck 2006, p. 127. Zie ook de conclusie van A-G Verkade voor HR 25 november 2005, NJ 2009, 103.

<sup>257</sup> Barendrecht 1998, p. 124.

<sup>258</sup> De vergelijkingsmethode is ontleend aan Wiarda. Vgl. Wiarda/Koopmans 1999, p. 107 e.v.

<sup>259</sup> Smith 2006, p. 144 e.v.

<sup>260</sup> NJ 2012, 155, m.nt. T. Hartlief. Zie over dit arrest ook Oldenhuis 2011, p. 668.

<sup>261</sup> Tjittes & Van Wechem 2011, p. 921.

### **2.7.2.2 Waar ligt het omslagpunt?**

Een aspect dat hier nauw verband mee houdt, is dat gezichtspuntencatalogi niet aangeven waar het omslagpunt ligt. Korthals Altes en Groen schreven dat men nooit precies kan verantwoorden wáár men bij toetsing van de gegeven feiten aan één der gezichtspunten het omslagpunt zal leggen. Wanneer in dit kader aansluiting wordt gezocht bij het Kelderluik-arrest, kan men zich afvragen waar bijvoorbeeld de kans op een ongeval zo groot wordt dat het nalaten van veiligheidsmaatregelen onrechtmatig wordt.<sup>262</sup> Ook Van Boom heeft in het kader van het Kelderluik-arrest naar voren gebracht dat de Kelderluik-rechtspraak wel een aantal aansprekende factoren biedt, maar dat nauwelijks inzicht wordt gegeven in de plaats en relatieve zwaarte daarvan, zodat ook niet duidelijk is waar het omslagpunt ligt tussen aanvaardbare veiligheidsafwegingen en onaanvaardbare onveiligheid.<sup>263</sup>

Korthals Altes en Groen hebben beschreven dat het probleem nog groter wordt indien men de gegeven feiten aan de hand van meer dan één gezichtspunt moet beoordelen, zodat men tegelijkertijd meerdere schalen moet hanteren en het resultaat daarvan moet combineren.<sup>264</sup> Een groot aantal gezichtspunten kan de onvoorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken vergroten. Voor zowel de eiser als de gedaagde zal immers altijd wel één van de gezichtspunten spreken.<sup>265</sup>

### **2.7.2.3 Gezichtspunten zijn weinig directief**

De kritiek dat onduidelijk is hoe gezichtspunten geïnterpreteerd en gewogen moeten worden en dat niet duidelijk is waar het omslagpunt ligt, maakt dat gezichtspunten weinig directief zijn. Dat wil zeggen dat zij weinig sturing geven aan de door de rechter te maken beoordeling. De verschillende gezichtspunten geven in de regel wel aan welke feiten en omstandigheden de rechter in zijn beschouwing kan of moet betrekken, maar op welke wijze de desbetreffende relevante factoren aan de oordeelsvorming moeten bijdragen blijft onduidelijk. Reeds in 1981 schreef Korthals Altes dat een gezichtspuntencatalogus de rechter over het algemeen weinig steun geeft bij zijn beslissing.<sup>266</sup> En dit weinig directieve karakter van gezichtspunten leidt er weer toe dat de uitkomst van zaken die aan de hand van een catalogus met relevante factoren moet worden beoordeeld, lastig te voorspellen is. Barendrecht schreef in dit verband dat het

---

<sup>262</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 102.

<sup>263</sup> Van Boom 2003, p. 5.

<sup>264</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 102.

<sup>265</sup> Jansen 2009, p. 215.

<sup>266</sup> Korthals Altes 1981, p. 56 e.v.



uitermate lastig is de uitkomst van een procedure te voorspellen indien de rechter, wanneer alle omstandigheden mee kunnen tellen, tot een oordeel moet komen. Volgens Barendrecht komt de rechtszekerheid in het gedrang bij toepassing van een vage norm.<sup>267</sup> Hij heeft bijval gekregen van Van Schaick, die in zijn oratie schreef dat open normen afbreuk doen aan de voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken.<sup>268</sup>

In zijn annotatie in *Ars Aequi* onder het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2007,<sup>269</sup> dat ging over de klachtplicht van de koper ex art. 6:89 en art. 7:23 BW, heeft Hartlief naar voren gebracht dat de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten weinig houvast bieden, waarbij de annotator erop heeft gewezen dat de hiervoor genoemde artikelen juist sterk in de sleutel van de rechtszekerheid staan.<sup>270</sup> Een ander voorbeeld geeft Verburg in zijn proefschrift over de vaststelling van smartengeld. Verburg heeft geschreven dat de in dit verband door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten ‘nauwelijks richtinggevend’ zijn, omdat niet wordt aangegeven op welke wijze met deze factoren rekening kan worden gehouden.<sup>271</sup>

Daar komt bij dat gezichtspunten als zodanig weinig richting geven, omdat niet steeds op voorhand duidelijk is hoe (door de rechter) invulling zal worden gegeven aan een bepaald gezichtspunt. Daarvan is voornamelijk sprake bij factoren die afhankelijk van de invulling dan weer voor de ene partij (kunnen) pleiten, dan weer voor de andere. Hierover schreef ook Lindenberg in zijn proefschrift. Met betrekking tot de door de Hoge Raad in het kader van de begroting van smartengeld genoemde relevante factoren, schreef hij dat deze niet zichtbaar of meetbaar zijn, zodat hun omvang dient te worden afgeleid uit andere feiten.<sup>272</sup> Dat veel gezichtspunten eerst moeten worden ‘ingekleurd’, voordat daarmee kan worden gewerkt, maakt het richtinggevend karakter er niet groter op. Over de wijze waarop een bepaald gezichtspunt moet worden ingevuld, kan licht discussie ontstaan.

---

<sup>267</sup> Barendrecht 1992, p. 11.

<sup>268</sup> Van Schaick 2009, p. 22.

<sup>269</sup> NJ 2008, 606, m.nt. Jac. Hijma (uitspraak nummer 22 in paragraaf 2.3.1).

<sup>270</sup> Hartlief 2008a, p. 367.

<sup>271</sup> Verburg 2009, p. 122.

<sup>272</sup> Lindenberg 1998, p. 235.

#### **2.7.2.4 Met gezichtspuntencatalogi kan ieder resultaat worden bereikt**

Kan, gelet op de hiervoor genoemde aspecten, dan ieder (door de rechter) gewenst resultaat worden bereikt? Voor zaken die aan de hand van een gezichtspuntencatalogus (moeten) worden afgedaan, wordt deze vraag regelmatig bevestigend beantwoord.

Ik wijs in dit verband op Barendrecht, die schreef dat gezichtspuntencatalogi de blik van de rechter slechts op bepaalde omstandigheden richten. Op zijn hoogst doen de relevante factoren suggesties voor een oplossing die de rechter kan opvolgen, maar ook naast zich neer kan leggen.<sup>273</sup> Enkele jaren na zijn proefschrift verdedigde Barendrecht dezelfde stelling, maar dan toegespitst op het Haviltex-arrest. Barendrecht schreef dat in het kader van dit arrest alles mag. Zeker is namelijk dat het rechtvaardige resultaat kan worden bereikt, maar dat is alleen maar, zo schreef Barendrecht, omdat met deze open norm ieder resultaat bereikt kan worden.<sup>274</sup> Dit is wel eens het ‘grabbelton-effect’ genoemd. De gezichtspunten zijn dan te hanteren als betrekkelijk willekeurig aanknopingspunt.<sup>275</sup>

In dergelijke stellingen kan worden gelezen dat de rechter als het ware een rechtvaardige beslissing neemt en de verschillende gezichtspunten in zijn motivering zodanig ‘buigt’ dat zij het gekozen oordeel ondersteunen. Ik weet niet of dat juist is, al krijgt men bij het lezen van sommige gezichtspuntenuitspraken zeker de indruk dat de beslissing ook heel goed de andere kant op had kunnen vallen. Het komt dan aan op de motivering die de rechter aan zijn oordeel ten grondslag legt. Die zal overtuigend moeten zijn.<sup>276</sup>

#### **2.7.2.5 Soms is onduidelijk waarom de Hoge Raad voor bepaalde factoren heeft gekozen**

Een ander punt van kritiek is dat vaak onduidelijk is waarom de Hoge Raad heeft gekozen voor de in een bepaalde catalogus genoemde gezichtspunten of anders gezegd, waarom de desbetreffende gezichtspunten eigenlijk relevant zijn.<sup>277</sup> Op de vraag waarom bepaalde feiten en omstandigheden wel en andere

---

<sup>273</sup> Barendrecht 1992, p. 3.

<sup>274</sup> Barendrecht 1995, p. 143.

<sup>275</sup> Lankhorst 1996, p. 49. Zie ook Nieuwenhuis 1992, p. 289.

<sup>276</sup> Zie in dit verband bijvoorbeeld de conclusie van A-G Spier voor HR 19 oktober 2012, JAR 2012/294. De A-G schreef dat de arresten van het hof in zijn ogen voorbeeldig gemotiveerd zijn, waaraan niet afdoet dat een ander feitelijk oordeel wellicht mogelijk was geweest. Maar dat is, zo voegde Spier toe, niet iets waarover in cassatie kan worden geklaagd. Zie daarover paragraaf 4.6.4.

<sup>277</sup> Roozendaal 2009, p. 22.

factoren niet in een bepaalde gezichtspuntencatalogus zijn opgenomen, wordt door de Hoge Raad in zijn arresten geen antwoord gegeven.<sup>278</sup> Toegegeven, vaak gaat het om evidente en voor de hand liggende factoren, maar dat is niet altijd het geval. Ten aanzien van de minder voor de hand liggende gezichtspunten wordt door de Hoge Raad niet aangegeven waarom die toch van belang zijn of kunnen zijn en hoe met die gezichtspunten moet worden omgegaan. Zoals hierboven geciteerd heeft H. Drion hierover gezegd dat de Hoge Raad bij het opstellen van een catalogus niet de evidenties zonder meer kan weglaten, omdat anders wordt gedacht dat de Hoge Raad dat niet evident vindt en men achter dat weglaten bedoelingen gaat zoeken. Aldus Drion bestaat het belang van een catalogus vooral uit hetgeen niet zo evident is, namelijk die factoren waarvan de Hoge Raad het idee heeft dat die gemakkelijk over het hoofd worden gezien.<sup>279</sup>

Hieruit blijkt dat het de Hoge Raad dus te doen is om de niet zo evidente gezichtspunten. Om te voorkomen dat de rechter en partijen deze over het hoofd zien, worden ook die gezichtspunten in catalogi opgenomen. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat die niet-evidente feiten en omstandigheden ook voor iedere zaak relevant zijn.

De keuze voor bepaalde gezichtspunten wordt in de praktijk niet altijd begrepen. Dat door de Hoge Raad niet wordt uitgelegd waarom voor bepaalde factoren is gekozen en hoe de praktijk daarmee moet omgaan is hier uiteraard in grote mate debet aan. In dit verband heeft C.E. Drion opgemerkt dat iets meer oog voor de praktijk bij het opstellen van de elementen die in een catalogus thuishoren geen kwaad zou kunnen.<sup>280</sup> Een voorbeeld van een gezichtspunt dat Drion vanuit de praktijk bezien kwestieus noemt is de 'entire agreement clause'<sup>281</sup> die sinds het arrest Pont Meijer van 19 januari 2007<sup>282</sup> van bijzondere betekenis lijkt te zijn voor de vraag of primair taalkundige uitleg mag of moet worden gebezigd.

---

<sup>278</sup> Waarover ook Roozendaal 2009, p. 22. Op p. 25 schreef Roozendaal dat wie een gezichtspunt moet toepassen, moet weten hoe. Dat kan alleen als bekend is waarom dat gezichtspunt relevant is.

<sup>279</sup> Bruinsma & Huls 1984, p. 572.

<sup>280</sup> Drion 2008, p. 1635.

<sup>281</sup> De kern van een 'entire agreement clause' is dat zij beoogt te bewerkstelligen dat ervan moet worden uitgegaan dat partijen hun contractuele rechtsverhouding uitsluitend en volledig hebben neergelegd in het schriftelijk contract, aldus Tjittes 2008, p. 120. Bewijs dat partijen voor de contractsluiting andersluidende afspraken hebben gemaakt, baat hen niet. Schelhaas 2007, p. 293.

<sup>282</sup> NJ 2007, 575, alsmede JOR 2007, 166, m.nt. Tjittes. Zie ook recenter HR 5 april 2013, NJ 2013, 214.

Een ander voorbeeld bieden de arresten van de Hoge Raad van 1 februari 2008,<sup>283</sup> die gaan over de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7:611 BW voor tijdens de werkzaamheden door de werknemer met een motorvoertuig in het verkeer opgelopen schade. De Hoge Raad oordeelde dat de werkgever moet zorg dragen voor een ‘behoorlijke verzekering’. Om te bepalen of daarvan sprake is, heeft de Hoge Raad een aantal gezichtspunten geformuleerd. Eén van die relevante factoren betreft dat de premie in redelijkheid van de werkgever moet kunnen worden gevergd. Kruit en Trouwborst hebben naar aanleiding van dit gezichtspunt naar voren gebracht dat de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer daarmee afhankelijk wordt van de draagkracht van de werkgever. Dat kan de Hoge Raad, aldus de auteurs, niet bedoeld hebben. Kruit en Trouwborst kwamen mede hierom tot de conclusie dat de door de Hoge Raad gegeven gezichtspunten meer vragen oproepen, dan dat ze antwoorden geven.<sup>284</sup>

#### **2.7.2.6            Gezichtspuntencatalogi leiden soms tot een beperkte toetsing**

Ook wordt er wel op gewezen dat de rechter een gezichtspuntencatalogus afloopt en als het ware de lijst met relevante factoren afvinkt en zodoende tot een beslissing in de voorliggende zaak komt. Dit terwijl gezichtspuntencatalogi nimmer limitatief zijn.<sup>285</sup> Er wordt dan gestopt wanneer de catalogus is afgelopen, maar daarmee wordt eraan voorbij gezien dat er mogelijk nog andere feiten en omstandigheden zijn die in de beoordeling moeten worden betrokken en die mogelijk zelfs een ander licht op de zaak kunnen werpen.<sup>286</sup> Vanzelfsprekend is de rechter hierbij wel gebonden aan hetgeen partijen naar voren hebben gebracht, maar indien zij meer relevante feiten en omstandigheden dan in de catalogus genoemd aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd, zal de rechter daar niet zomaar aan voorbij mogen gaan.

Het is bovendien zo dat een gezichtspuntencatalogus geen lijst van criteria is waaraan volledig voldaan moet zijn. De gezichtspunten zijn namelijk meer argumenten of indicaties voor een bepaalde beslissing van de voorliggende zaak. Een beperkt aantal gezichtspunten kan dus voldoende zijn ter onderbouwing van het oordeel van de rechter, ook al wijzen andere gezichtspunten in een andere richting. De gezichtspunten vormen, om met

---

<sup>283</sup> JAR 2008/56 en JAR 2008/57. Deze arresten komen ook aan de orde in paragraaf 3.2.3.11.

<sup>284</sup> Kruit & Trouwborst 2009, p. 58.

<sup>285</sup> Zie daarover paragraaf 2.4.1.1.

<sup>286</sup> Smeehuijzen 2006, p. 62.

Verheij te spreken, een beweeglijk systeem.<sup>287</sup> Dat dat anders kan zijn voor een volledig imperatieve catalogus, zoals in het arrest Van Hese/De Schelde, is door Smeehuijzen aan de orde gesteld. Hij schreef dat de rechter, gelet op het imperatieve karakter van die catalogus, zijn beslissing niet mag baseren op twee of drie wat hem betreft doorslaggevende omstandigheden. Dat lijkt echter, aldus Smeehuijzen, tot gevolg te hebben dat de rechter de overige gezichtspunten soms buigt naar het doel dat hij zich op basis van twee of drie wezenlijke gezichtspunten heeft gesteld en dat zou tot ondoorzichtige en soms zelfs onoprechte motiveringen kunnen leiden.<sup>288</sup> Ook Hansma heeft dit punt aangesneden. Hij schreef dat een slimme rechter gezichtspunten kan gebruiken om al doelredenerend naar zijn dictum alle punten aan de orde te stellen en daarmee zijn uitspraak ‘cassatieproof’ kan maken.<sup>289</sup>

#### **2.7.2.7 Gebrekkige motiveringen**

Een veel gehoord punt van kritiek is dat uitspraken waarin met door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogi wordt gewerkt vaak niet deugdelijk gemotiveerd zijn.

In het themanummer ‘Belangenafweging door de rechter’ van RM Themis heeft Smits geschreven dat de rechter bij toepassing van gezichtspuntencatalogi weliswaar een grote vrijheid toekomt, maar dat de prijs die de rechter hiervoor moet betalen is dat hij een uitgebreide plicht tot motiveren heeft. In de woorden van Smits:

‘Van de rechter die belangen weegt, mag immers worden verwacht dat hij aangeeft welke hij precies weegt en hoe hij dat doet.’<sup>290</sup>

In het arrest van de Hoge Raad van 17 november 2006<sup>291</sup> is overwogen dat rechterlijke beslissingen zodanig moeten worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden, de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar<sup>292</sup> en aanvaardbaar te maken. Opmerkelijk is overigens

---

<sup>287</sup> Verheij 2002, nr. 383.

<sup>288</sup> Smeehuijzen 2010, p. 50, alsmede Sagel 2013, p. 359.

<sup>289</sup> Hansma 2012, p. 151.

<sup>290</sup> Smits 2006, p. 138.

<sup>291</sup> NJ 2006, 621.

<sup>292</sup> Zie over het aspect van de controleerbaarheid Barendrecht, die schreef dat een beslissing die gebaseerd is op de omstandigheden van het geval niet de informatie geeft die nodig is om de beslissing controleerbaar te maken; dergelijke beslissingen kan men namelijk niet begrijpen zonder kennis van al die omstandigheden. Barendrecht 1992, p. 70.

dat de Hoge Raad eerder al had overwogen dat de vraag hoever de motiveringsplicht van de rechter reikt afhankelijk is van de ‘omstandigheden van het geval.’<sup>293</sup> Het komt regelmatig voor dat in een uitspraak van een lagere rechter de gedachtewereld achter de beslissing (zo goed als) verborgen blijft. Vaak wordt wel uiteengezet welke feiten en omstandigheden de rechter in zijn beschouwing heeft betrokken, maar op welke wijze die verschillende factoren aan de uiteindelijke beslissing hebben bijgedragen blijft (te) vaak onduidelijk, aldus Smits. De auteur is dan ook van oordeel dat de rechter de keuze, die het resultaat is van een belangenafweging, beter dient te motiveren door aan te geven waarom een bepaald belang zwaarder moet wegen dan een ander, daarmee tegenstrijdig, belang.<sup>294</sup> De waarde van gezichtspuntencatalogi daarbij is beperkt, aangezien die op zichzelf nimmer een belangenconflict kunnen oplossen. Daar is nu juist een keuze voor nodig en de motivering daarvan blijft te vaak achterwege. Het noemen van gezichtspunten is dan ook uitsluitend het begin en kan er alleen aan bijdragen de juiste beslissing te vinden. De motivering van de beslissing volgt daarna.

Ook Smeehuijzen heeft erop gewezen dat kan worden getwijfeld aan de mate waarin de gezichtspuntencatalogus (uit het arrest Van Hese/De Schelde, waar Smeehuijzen over schreef) bevredigend gemotiveerde uitspraken oplevert.<sup>295</sup>

C.E. Drion heeft, hoewel hij van oordeel is dat de Hoge Raad terecht werkt met gezichtspuntencatalogi, wel enkele kanttekeningen naar voren gebracht. Zo heeft hij gesteld dat zogenoemde gezichtspuntenuitspraken niet zelden lijden aan een gebrek aan overtuigingskracht.<sup>296</sup> Uitspraken waarin niet wordt aangegeven op welke wijze de volgens de rechter relevante feiten en omstandigheden tot het uiteindelijke oordeel hebben bijgedragen (en we dus moeten gissen naar het onderlinge gewicht van de gezichtspunten), kunnen over het algemeen niet erg overtuigend worden genoemd. De omstandigheden van het geval fungeren in dat geval, zo is al eerder opgemerkt, als dooddoener<sup>297</sup> of als machtswoord.<sup>298</sup>

---

<sup>293</sup> HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659, m.nt. DWFV.

<sup>294</sup> Smits 2006, p. 139.

<sup>295</sup> Smeehuijzen 2006, p. 61.

<sup>296</sup> Drion 2008, p. 1635. Zie ook Houtzagers 2005, p. 1886, die schreef dat het verwijzen naar de omstandigheden van het geval niet bijdraagt aan een manier van argumenteren die voor anderen dan juristen overtuigend is.

<sup>297</sup> Nieuwenhuis 1992, p. 285. Nieuwenhuijs geeft de volgende overweging als voorbeeld: ‘Gezien de omstandigheden van het geval, is een beroep op het beding in strijd met de redelijkheid en billijkheid.’ Zie ook Houtzagers, die schreef dat een verwijzing naar de

Ook Duk heeft gewezen op de noodzaak van goed gemotiveerde uitspraken. Duk schreef dat de invulling van open normen aan de rechter kan worden overgelaten in een situatie waarin tussen de rechter en betrokken partijen (in de maatschappij) een belangrijke mate van consensus bestaat over het relatieve gewicht van de in aanmerking te nemen feiten, omstandigheden en belangen. Die consensus ontbreekt echter in veel gevallen. Onder die omstandigheden, zo schreef Duk, wordt de taak van de rechter moeilijker en is de aanvaardbaarheid van zijn beslissingen voor de rechtzoekende minder vanzelfsprekend. Dat maakt de noodzaak van precieze, tegelijkertijd zowel op het geval toegespitste als inzicht in de aard van de gemaakte afweging gevende, rechterlijke motiveringen alleen maar groter.<sup>299</sup> Dat geldt dus ook in gevallen waarin de rechter gezichtspunten moet toepassen.

Ik wijs in dit verband ook op Sagel, die schreef dat een gezichtspuntencatalogus aanleiding kan geven tot ‘intellectuele luiheid’ bij de lagere rechter:

‘Zolang die maar in rechtsoverweging x de juiste gezichtspuntenmaatstaf overschrijft uit het meest recente relevante arrest van de Hoge Raad en vervolgens in rechtsoverweging x + 1 beslist dat gelet op “alle omstandigheden van het geval en de hiervoor in rov. x genoemde gezichtspunten in deze zaak wordt gekomen tot afwijzing van de vordering”, is cassatie nog lang niet gemakkelijk. De juiste maatstaf is immers klaarblijkelijk gehanteerd (...).’<sup>300</sup>

Dat de lagere rechter van de juiste maatstaf is uitgegaan en daarvan in zijn uitspraak blijk heeft gegeven, wil echter niet zeggen dat ook duidelijk is hoe precies invulling is gegeven aan de diverse relevante factoren, laat staan dat duidelijk is gemaakt op welke wijze de gezichtspunten tegen elkaar zijn afgewogen.

De motiveringsplicht van de rechter, in het bijzonder wanneer zaken aan de hand van gezichtspuntencatalogi worden beoordeeld, komt in paragraaf 4.5 uitgebreider aan de orde.

### 2.7.2.8 De Hoge Raad als wetgever-plaatsvervanger

Een kritiekpunt van een andere orde is dat de rechter door het formuleren van gezichtspuntencatalogi als wetgever-plaatsvervanger optreedt. C.E. Drion wees

---

omstandigheden van het geval regelmatig wordt gebruikt om de ‘echte’ argumenten niet of niet duidelijk te vermelden. Houtzagers 2005, p. 1886.

<sup>298</sup> Barendrecht 1992, p. 12 en 145.

<sup>299</sup> Duk 2009, p. 20-21.

<sup>300</sup> Sagel 2013, p. 350. Zie in vergelijkbare zin Van den Brink 2012, p. 2.

er, zo kwam bij de bespreking van de positieve reacties al aan de orde, op dat de rechter bij het formuleren van gezichtspuntencatalogi ‘steeds zal moeten balanceren op het koord van individuele rechtsbescherming naar rechtseenheid en rechtsontwikkeling, boven de diepe valkuil van teveel wetgever-plaatsvervangerschap’.<sup>301</sup> Dit punt raakt aan de democratische legitimatie van gezichtspuntencatalogi.<sup>302</sup>

Heden ten dage is rechtsvorming door de rechter tot op grote hoogte geaccepteerd, maar dat is zeker niet altijd zo geweest.<sup>303</sup> Ik zal de ontwikkeling van de taken die aan de Hoge Raad worden toegedicht hier laten rusten, maar wel is duidelijk dat de wetgever zich meer en meer van open normen is gaan bedienen.<sup>304</sup> Die open normen behoeven invulling in het concrete geval en daar is een taak voor de rechter weggelegd. Soms is het zelfs zo dat de wetgever de verdere invulling van een bepaalde norm uitdrukkelijk aan de rechter heeft overgelaten.<sup>305</sup>

Er dient dan ook een onderscheid te worden gemaakt tussen open normen die door de wetgever in het leven zijn geroepen (en eventueel in de rechtspraak worden uitgewerkt) en open normen die de rechter zelf heeft gecreëerd. In dit verband heeft Barendrecht naar voren gebracht dat, als het gaat om wettelijk vastgestelde normen, de wetgever de rechter kennelijk de vrijheid heeft willen geven die de vage norm biedt. In zoverre is de aan de rechter gedelegeerde rechtsvorming nog wel democratisch gelegitimeerd.<sup>306</sup>

### **2.7.2.9 Gezichtspuntencatalogi zijn niet economisch**

Dat Barendrecht niet erg positief staat tegenover het gebruik van gezichtspuntencatalogi (en het toepassen van open normen in het algemeen)

---

<sup>301</sup> Drion 2008, p. 1635.

<sup>302</sup> Zie daarover onder meer Wiarda/Koopmans 1999, p. 79 e.v.

<sup>303</sup> Zie bijvoorbeeld Vranken 2000, p. 1. Vgl. over rechtsvorming door de Hoge Raad onder andere Keukens & Van den Nieuwenhuijzen 2008 en Wiarda/Koopmans 1999, p. 132-135. Anders: Lindo 2009, p. 2874. Vgl. ook Kop 2011, p. 1040 e.v. Ik wijs ook op Stolker, die een twaalfal gezichtspunten heeft geformuleerd om de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter te bepalen, Stolker 1993, p. 60 e.v. Zie over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad in het arbeidsrecht Jansen & Loonstra 2012, p. 3 e.v.

<sup>304</sup> Zie bijvoorbeeld Wiarda/Koopmans 1999, p. 43 e.v.

<sup>305</sup> Vgl. bijvoorbeeld Hartkamp 2010, nr. 15.

<sup>306</sup> Barendrecht 1992, p. 69. Snijders heeft in zijn proefschrift (uit 1978) beschreven dat het slechts zeer sporadisch voorkomt dat de rechter een wezenlijke bijdrage levert aan de verbreiding van vage normen. Het is nagenoeg alleen de wetgever die hierin een rol speelt. Vgl. Snijders 1978, p. 186-187.



bleek al bij enkele van de hierboven genoemde kritiekpunten. Een ander door hem naar voren gebracht aspect is dat gezichtspunten niet economisch zijn.

Omdat de door de rechter te nemen beslissing afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval, zullen partijen feiten- en bewijsmateriaal gaan verzamelen, waarvan achteraf kan blijken dat dat voor niets is geweest.<sup>307</sup> Dit zal dan met name gelden voor feiten en omstandigheden die niet in de toepasselijke gezichtspuntencatalogus zijn genoemd. Op voorhand is namelijk lastig in te schatten of en zo ja, in welke mate de rechter met die (andere) factoren rekening zal houden.

Bovendien leiden vage normen, waaronder gezichtspuntencatalogi, aldus Barendrecht tot inefficiënte conflictoplossing. Immers, hoe scherper de norm, hoe duidelijker ook pleegt te zijn welke feiten beslissend zijn. Bij vage normen is dat niet het geval, zodat het opstellen van lange en uitvoerige processtukken in de hand wordt gewerkt. Omdat men op voorhand niet precies weet welke feiten en omstandigheden in de beschouwing van de rechter van groot gewicht worden geacht, kan men beter op te veel dan op te weinig feiten en omstandigheden ingaan. De rechter zal daarvan echter wel kennis moeten nemen en voor veel gestelde feiten zal wellicht (nadere) bewijslevering nodig zijn, met alle vertraging en belasting voor de rechterlijke macht van dien.<sup>308</sup>

Hieraan kan worden toegevoegd dat lijsten met relevante gezichtspunten ook in het kader van schikkingsonderhandelingen van weinig waarde zijn. Omdat alle omstandigheden in kaart moeten worden gebracht kunnen de onderhandelingen tijdrovend zijn. Bovendien kan minnelijk overleg bij gebreke van duidelijke maatstaven vanuit extreme standpunten worden gevoerd en dat zorgt ervoor dat het treffen van een minnelijke regeling bemoeilijkt wordt. En als men elkaar vindt is de reden daarvan vaak dat men de onzekerheid van de uitkomst van een procedure wil 'afkopen'.<sup>309</sup> Overigens schreef Rood reeds in 1981 dat als recht niet meer voorspelbaar zou zijn (wat bij het ontbreken van eenheid van rechtspraak het gevolg is), de vredeachtende functie ervan beperkt zal worden.<sup>310</sup>

---

<sup>307</sup> Barendrecht 1992, p. 12.

<sup>308</sup> Barendrecht 1992, p. 74-75. Vgl. ook Wolters 2013, p. 3.

<sup>309</sup> Zie hierover, in het kader van de schadeloosstelling bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst, Barendrecht 1992, p. 115. Zie ook Barendrecht 2000, p. 693, alsmede Van Boom 2000, p. 68.

<sup>310</sup> Rood 1981, p. 229.

## 2.8 Afronding

In dit hoofdstuk is in grote lijnen de ontwikkeling geschetst waarin steeds meer aandacht ontstond voor ‘de omstandigheden van het geval’. Door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogi hebben daarbij, naast harde subregels en vuistregels, een belangrijke plaats ingenomen. Dat is voornamelijk het geval in het materiële civiele recht, zo tonen de vele voorbeelden van gezichtspuntencatalogi aan.

Door middel van gezichtspunten wordt aangegeven welke feiten en omstandigheden door de rechter in zijn beschouwing kunnen of moeten worden betrokken en dus welke factoren van belang (kunnen) zijn. Lijsten met relevante omstandigheden treffen we vooral aan in zaken waarin de rechter een belangenafweging moeten maken en zaken waarin invulling moet worden gegeven aan een zogenoemde open norm, hetgeen ook één van de functies van gezichtspuntencatalogi is. Vooral bij dit laatste wordt zichtbaar dat feiten en norm ineenvloeden, zodat niet de feiten van de voorliggende zaak onder de toepasselijke norm worden beoordeeld, maar waarbij de norm aan de hand van de feiten wordt ingekleurd. Dergelijke rechterlijke oordelen leiden tot gemengde beslissingen.

Over het antwoord op de vraag waarom nu precies gebruik wordt maakt van gezichtspuntencatalogi en de functies die dergelijke lijsten met relevante factoren (moeten) vervullen, wordt door de Hoge Raad zelf zo goed als geen duidelijkheid gecreëerd. Dat betekent overigens niet dat de onderzoeksvraag *Wat zijn de functies van gezichtspuntencatalogi?* niet kan worden beantwoord. Wanneer we kijken welke functies in de literatuur aan gezichtspuntencatalogi worden toegedicht, is een aantal categorieën te onderscheiden. Daarbij valt allereerst te wijzen op het scheppen van duidelijkheid ten aanzien van de vraag welke factoren voor de te maken beoordeling van belang (kunnen) zijn, alsmede op het vergroten van voorspelbaarheid van uitspraken, het geven van invulling aan open en evaluatieve begrippen en het toetsen van gemengde beslissingen in cassatie.

In het kader van de (deel)vraag hoe de Hoge Raad invulling geeft aan diverse gezichtspuntencatalogi, is uit de onderzochte rechtspraak naar voren gekomen dat de Hoge Raad bij het verwijzen naar de omstandigheden van het geval en het noemen van gezichtspunten diverse (en soms uiteenlopende) formuleringen gebruikt, maar ook dat diverse soorten gezichtspuntencatalogi te onderscheiden zijn, zoals imperatieve en verholde catalogi. De bestudeerde uitspraken hebben voorts uitgewezen dat er geen limitatieve catalogi zijn. Daarnaast zijn ook de diverse door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in verschillende categorieën in te delen, zoals open en gesloten gezichtspunten,

---

neutrale, bevrijdende en belastende gezichtspunten, alsmede voorwaardelijke gezichtspunten. De wijze waarop de Hoge Raad gezichtspuntencatalogi formuleert is dan ook zeer divers te noemen. Dat lijkt de beoogde duidelijkheid en voorspelbaarheid niet ten goede te komen.

Met name wat deze twee functies aangaat, zijn gezichtspuntencatalogi in de literatuur niet altijd even positief ontvangen. Hoewel er zeker ook positieve aspecten naar voren zijn gebracht, hebben de negatieve reacties in de literatuur zonder meer de overhand. Deze kritiek is er met name op gebaseerd dat gezichtspuntencatalogi een weinig richtinggevend karakter hebben en dat niet helder is hoe de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten geïnterpreteerd en gewogen moeten worden, zodat onduidelijk is op welke wijze zij aan het oordeel van de rechter (zullen) bijdragen. Sommige schrijvers hebben naar voren gebracht dat met gezichtspunten eigenlijk ieder (gewenst) resultaat kan worden bereikt. Een veel gehoord punt van kritiek is voorts dat uitspraken waarin toepassing aan een gezichtspuntencatalogus is gegeven, vaak lijden aan gebrekkige motiveringen. Uit de literatuur komt dan ook het beeld naar voren dat gezichtspuntencatalogi de daaraan toegedichte functies zeker niet steeds waarmaken.



### **3 Arbeidsrechtelijke gezichtspuntencatalogi**

#### **3.1 Inleiding**

In het vorige hoofdstuk zijn verschillende voorbeelden gegeven van door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogi. De arbeidsrechtelijke catalogi zijn daarbij buiten beschouwing gebleven. Deze zullen in dit hoofdstuk worden besproken.

Allereerst zal worden bekeken op welke plaatsen en bij welke onderwerpen de omstandigheden van het geval een rol spelen, zowel in titel 7.10 BW als in de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>1</sup> Vervolgens zal per onderwerp worden ingegaan op de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogi. Daarna zullen deze catalogi en de daarin genoemde gezichtspunten nader tegen het licht worden gehouden. Bij die nadere beschouwing zal de structuur van het vorige hoofdstuk worden aangehouden.

#### **3.2 De omstandigheden van het geval in het arbeidsrecht**

Op verschillende plaatsen binnen het arbeidsrecht wordt verwezen naar de omstandigheden van het geval. Dat gebeurt zowel door de wetgever als door de rechter, de Hoge Raad in het bijzonder. Hieronder zal nader worden ingegaan op deze verwijzingen, waarbij eerst titel 7.10 BW aan de orde komt en daarna de rechtspraak van de Hoge Raad.

##### **3.2.1 De omstandigheden van het geval in titel 7.10 BW**

De wetgever laat het ook in het arbeidsrecht vaak aan de rechter over om nadere invulling te geven aan in de wet opgenomen bepalingen.<sup>2</sup> Dat is bijvoorbeeld zichtbaar in titel 7.10 BW, die naast klassieke normen ook veel open normen en vage begrippen kent.<sup>3</sup> Zo is in deze titel niet minder dan tien keer uitdrukkelijk naar de omstandigheden van het geval verwezen, waarbij tweemaal in art. 7:682 BW (zowel in het vierde als in het vijfde lid). De andere wetsartikelen zijn

---

<sup>1</sup> Omdat gezichtspuntencatalogi met name het afgelopen decennium in de belangstelling lijken te staan, zijn de arbeidsrechtelijke arresten van de Hoge Raad vanaf 1 januari 2000 onderzocht. In dat verband heb ik zowel de in de JAR als de in de NJ gepubliceerde arresten bestudeerd. Hierbij is sprake van een grote overlap, omdat bijna alle arresten uit de NJ ook in de JAR staan. Slechts enkele arresten zijn niet in de JAR, maar uitsluitend in de NJ terecht gekomen. Wanneer een arrest zowel in de JAR als in de NJ is gepubliceerd, zal ik naar het JAR-nummer verwijzen.

<sup>2</sup> Vooral daar waar sprake is van zogenoemde open normen. Vgl. Jacobs, Massuger & Plessen 2009, p. 3. Erkens heeft de in het arbeidsrecht voorkomende open normen genoemd als argument voor een gespecialiseerde arbeidsrechter. Erkens 2013, p. 151.

<sup>3</sup> Zie over het onderscheid tussen normen met een klassiek profiel en open normen (waarbij de omstandigheden van het geval wel een rol (kunnen) spelen) Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 443-444.

7:618, 7:621 lid 2, 7:625 lid 1, 7:631 lid 7, 7:653 lid 4, 7:661 lid 1, 7:680 lid 5, 7:680a en 7:685 lid 8 BW.

De wetgever gebruikt niet steeds dezelfde formulering. Zeven keer is gekozen voor de (voor de hand liggende) woorden ‘de omstandigheden van het geval’.<sup>4</sup> Hij verwijst een drietal keren naar ‘de omstandigheden’, zonder daaraan ‘van het geval’ toe te voegen<sup>5</sup> en eenmaal wordt gesproken van ‘de gegeven omstandigheden’, waarbij de toevoeging ‘van het geval’ eveneens ontbreekt.<sup>6</sup> Het ligt voor de hand dat met deze verschillende bewoordingen dezelfde bedoeling tot uitdrukking wordt gebracht. De woorden ‘van het geval’ lijken in de eerste plaats weinig aan de strekking toe te voegen. Het spreekt welhaast voor zich dat de relevante door de rechter te beoordelen feiten en omstandigheden zich in de hem voorliggende zaak (‘het geval’) moeten voordoen; alleen de op de zaak betrekking hebbende factoren kunnen bij de door hem te nemen beslissing een rol spelen.<sup>7</sup> Ook aan het woord ‘gegeven’ in art. 7:680a BW komt weinig betekenis toe. De omstandigheden waarmee de rechter bij zijn beoordeling van de zaak rekening kan houden, moeten hem ‘gegeven’ zijn, in die zin dat partijen de voor hen relevante feiten en omstandigheden moeten hebben aangedragen en vervolgens in de procedure zijn komen vast te staan. Als de rechter buiten de door partijen gestelde feiten en omstandigheden om bepaalde aspecten bij zijn beoordeling betreft, treedt schending van art. 24 Rv op. In paragraaf 4.3 zal ik op dit punt nader ingaan.

Wanneer de hiervoor genoemde negen wetsartikelen worden gerubriceerd, kunnen enkele categorieën worden onderscheiden. In de eerste plaats worden de omstandigheden van het geval (vijfmaal) genoemd in artikelen waarin de matigingsbevoegdheid van de rechter aan de orde is.<sup>8</sup> De omstandigheden van het geval moeten hier vage begrippen als ‘bovenmatig’, ‘onaanvaardbare gevolgen’ en ‘billijk(heid)’ invullen.

Laatstgenoemd begrip speelt ook een rol in de tweede categorie, de gevallen waarin de rechter de omvang van een aan de werknemer of werkgever toe te kennen vergoeding moet vaststellen. Ook in die situatie wordt in titel 7.10 BW (in vier wetsartikelen) naar de omstandigheden van het geval verwezen.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Dat is het geval in de artt. 7:618, 7:653 lid 4, 7:661 lid 1, 7:680 lid 5, 7:682 lid 4, 7:682 lid 5 en 7:685 lid 8 BW.

<sup>5</sup> Zie daarvoor de artt. 7:621 lid 2, 7:625 lid 1 en 7:631 lid 7 BW.

<sup>6</sup> Dit is het geval in art. 7:680a BW.

<sup>7</sup> Zie in dit verband art. 7:625 lid 1, laatste volzin, BW in combinatie met r.o. 4.1 van het arrest van de Hoge Raad van 3 mei 2002, JAR 2002/134.

<sup>8</sup> Zie de artt. 7:621 lid 2, 7:625 lid 1, 7:631 lid 7, 7:680 lid 5 en 7:680a BW.

<sup>9</sup> Dat is in de artt. 7:653 lid 4, 7:682 lid 4, 7:682 lid 5 en 7:685 lid 8 BW.

Ook hier moeten de omstandigheden van het geval het begrip ‘billijk(heid)’ inkleuren.

Ten slotte is nog een restcategorie aan te wijzen. Hierin valt in de eerste plaats art. 7:618 BW, waarin is bepaald dat, indien geen loon is vastgesteld, de werknemer aanspraak heeft op het loon dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gebruikelijk was of, bij gebreke van een dergelijke maatstaf, op een loon dat met inachtneming van de omstandigheden van het geval naar billijkheid wordt bepaald. Ook art. 7:661 BW kunnen we onder deze (rest)categorie scharen. De werknemer is niet aansprakelijk, zo bepaalt dit artikel, voor door de werknemer veroorzaakte schade die zijn werkgever lijdt, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.<sup>10</sup> De laatste volzin van het eerste lid van dit artikel voegt aan deze hoofdregel toe dat uit de omstandigheden van het geval, mede gelet op de aard van de overeenkomst, anders kan voortvloeien.<sup>11</sup> In dit geval dienen de omstandigheden van het geval te worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of een uitzondering op de hoofdregel, dat de werknemer jegens de werkgever niet aansprakelijk is, moet worden aangenomen.<sup>12</sup> De wetgever laat het hier uitdrukkelijk aan de rechter over, met als enige aanwijzing dat acht moet worden geslagen op de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de overeenkomst.

In titel 7.10 BW treffen we (verder) geen gezichtspuntencatalogi aan. Ook de parlementaire geschiedenis bij deze titel gaat niet op dit onderwerp in. Met betrekking tot art. 7:661 lid 1 BW wordt doorgaans overigens wel aansluiting gezocht bij de omstandigheden die in de parlementaire geschiedenis bij art. 6:170 lid 3 BW zijn genoemd.<sup>13</sup> Aldaar is vermeld dat tot de relevante omstandigheden van het geval onder meer behoren: (1) de aard van de opgedragen werkzaamheden, (2) het risico dat de opgedragen taak meebrengt, (3) de duur van de dienstverhouding en (4) de omvang van de beloning.<sup>14</sup> Hiermee wordt dus wel, op eenzelfde wijze als gezichtspunten dat (kunnen) doen, aangegeven welke factoren van belang (kunnen) zijn. In paragraaf 3.2.3.12 zal ik nader op de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 6:170

<sup>10</sup> Hetgeen niet snel wordt aangenomen. Zie voor een recente uitzondering Ktr. Groningen 27 oktober 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BU8427.

<sup>11</sup> Waarover Loonstra & Zondag 2004, p. 69 e.v.

<sup>12</sup> Afwijking van de hoofdregel wordt niet snel aangenomen, aldus Klaassen 2000, p. 95.

<sup>13</sup> Art. 7:661 BW vormt een uitwerking van art. 6:170 BW, aldus Loonstra & Zondag 2010, p. 362. Zie over dit onderwerp ook De Wolff 2007, p. 49, Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 127 en Buijs 2011, art. 661, aant. C.3.3.

<sup>14</sup> Zie hierover Losbladige Kluwer Onrechtmatige daad, artikel 6:170 BW, aant. 75.1 en Asser-Hartkamp 4-III, nr. 150 en voor art. 7:661 BW De Wolff 2007, p. 49.

BW ingaan, aangezien (ook) de Hoge Raad bij dat artikel een catalogus van gezichtspunten heeft geformuleerd.

### 3.2.2 De omstandigheden van het geval in de rechtspraak van de Hoge Raad

Naast de wetgever verwijst ook de Hoge Raad veelvuldig naar de omstandigheden van het geval, ook in zijn arbeidsrechtelijke uitspraken. Ten aanzien van bepaalde onderwerpen volstaat hij daarmee en wordt niet aangegeven welke factoren van belang (kunnen) zijn. In onderstaand overzicht zijn de onderwerpen en arresten genoemd waarin de Hoge Raad alleen naar de omstandigheden van het geval heeft verwezen, zonder een lijst met relevante factoren te formuleren.<sup>15</sup>

Onderwerp	Arrest(en)
Internationale rechtsmacht	- HR 31 januari 2003, JAR 2003/71 <sup>16</sup>
Stakingsrecht	- HR 28 januari 2000, JAR 2000/63
Werknemersaansprakelijkheid (artikel 7:661 BW)	- HR 3 januari 2001, JAR 2001/57 - HR 30 maart 2001, JAR 2001/127 - HR 13 juni 2008, JAR 2008/185 <sup>17</sup>

Per onderwerp zal kort worden ingegaan op de relevante overwegingen van de Hoge Raad, zodat een beeld ontstaat ten aanzien van welke (sub)onderdelen de omstandigheden van het geval binnen het arbeidsrecht een rol spelen.<sup>18</sup>

#### 3.2.2.1 Internationale rechtsmacht

Ook in het internationaal privaatrecht kunnen de omstandigheden van het geval een rol van betekenis spelen.<sup>19</sup> Art. 5 sub 1 EVEX,<sup>20</sup> dat aan de orde was in de

<sup>15</sup> De onderwerpen waarbij de Hoge Raad zowel arresten heeft gewezen waarin is volstaan met een verwijzing naar de omstandigheden van het geval als arresten waarin wel gezichtspunten zijn genoemd, komen in paragraaf 3.2.3 aan de orde.

<sup>16</sup> Met noot ThMdB onder NJ 2005, 337.

<sup>17</sup> Met noot E. Verhulp onder NJ 2009, 302.

<sup>18</sup> Voor vindplaatsen van de hieronder te bespreken arresten verwijs ik naar het hiervoor opgenomen overzicht. Omdat de arresten beknopt zullen worden besproken, zal op verschillende plaatsen worden verwezen naar verdere literatuur over het desbetreffende onderwerp.

<sup>19</sup> En niet tot tevredenheid van iedereen. Zie paragraaf 2.3.2.4.

<sup>20</sup> Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Lugano, 16 september 1988). Thans zullen vragen van internationale rechtsmacht in beginsel moeten worden beantwoord aan de hand van de EEX-verordening (Verordening (EG) nr. 44/2001, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in



zaak die leidde tot het arrest van 31 januari 2003, bepaalt dat een verweerder die woonplaats heeft in een verdragsstaat in sommige gevallen voor de rechter van een andere staat kan worden opgeroepen. Ten aanzien van individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst is dat de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht en, wanneer de werknemer niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, de plaats waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen. Het kan zijn dat de arbeid in verschillende landen is of wordt verricht. In zo'n geval moet voor het beantwoorden van de vraag welke rechter bevoegd is van een gerezen geschil kennis te nemen worden bepaald in welke plaats de werknemer het grootste gedeelte van zijn arbeidstijd heeft doorgebracht. En bij die vaststelling, zo overwoog de Hoge Raad, dient rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het concrete geval.

De verwijzing naar de omstandigheden van het geval komt overigens niet uit de koker van de Hoge Raad, maar is ingegeven door de rechtspraak van het HvJEG. In het arrest van 27 februari 2002,<sup>21</sup> oordeelde het Hof van Justitie namelijk dat art. 5 sub 1 EVEX aldus moet worden uitgelegd dat, ingeval de werknemer de uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen in meerdere verdragssluitende staten vervult, de plaats waar hij gewoonlijk zijn arbeid verricht in de zin van voornoemd artikel, de plaats is waar hij of van waaruit hij, rekening houdende met alle omstandigheden van het concrete geval, feitelijk het belangrijkste deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult.

### 3.2.2.2 Staking

Indien een staking wordt gedekt door art. 6 aanhef en sub 4 ESH, betekent dit dat deze staking, ondanks de met haar beoogde en op de koop toegenomen schadelijke gevolgen, in beginsel moet worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het in voornoemd artikel erkende grondrecht.<sup>22</sup> In het arrest van

---

burgerlijke en handelszaken (Brussel I). Afdeling 5 van deze verordening (de artt. 18 tot en met 21) kent een eigen regeling voor de bevoegdheid voor individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst. Uit de verordening vloeit voort dat een vordering van de werkgever alleen kan worden gebracht voor de rechter van de staat waar de werknemer woont. Een forumkeuze maakt dat niet anders, tenzij deze is overeengekomen nadat het geschil is gerezen. Zie Douven 2006, p. 26-27. Vgl. ook Even, Van Kampen & De Wind 2011, art. 18 EEX-Vo., aant. C, alsmede Strikwerda 2010, p. 37.

<sup>21</sup> Zaak C-37/00, gepubliceerd in JAR 2002/208.

<sup>22</sup> Art. 6 lid 4 ESH bepaalt: Ten einde de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen te waarborgen erkennen de Overeenkomstsluitende Partijen het recht van werknemers en werkgevers op collectief optreden in gevallen van belangen-

28 januari 2000 overwoog de Hoge Raad in dit kader dat voor het oordeel dat zo'n staking niettemin onrechtmatig is, slechts plaats is indien zwaarwegende procedureregels<sup>23</sup> zijn veronachtzaamd, dan wel indien – met inachtneming van de in art. 31 (oud) ESH<sup>24</sup> gestelde beperkingen – op grond van afweging van alle omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang moet worden geoordeeld dat de vakbonden in redelijkheid niet tot deze actie hadden kunnen komen.<sup>25</sup>

### **3.2.2.3 Werknemersaansprakelijkheid**

Ook ten aanzien van dit onderwerp noem ik een aantal uitspraken waarin door de Hoge Raad is verwezen naar de omstandigheden van het geval. Dat is in de eerste plaats het arrest van 3 januari 2001. Het cassatiemiddel in deze procedure verdedigde de stelling dat uit art. 5 WAHV<sup>26</sup> aan de belanghebbende zonder meer een recht van verhaal van de opgelegde boete toekomt jegens de werknemer/bestuurder. Die opvatting is volgens de Hoge Raad onjuist. Hij voegde daaraan toe dat de vraag of een kentekenhouder een aan hem ingevolge de WAHV opgelegde sanctie kan verhalen op de bestuurder die feitelijk het verkeersvoorschrift heeft overtreden, wordt beheerst door de regels van het burgerlijk recht, en het antwoord op die vraag is afhankelijk, aldus nog steeds de Hoge Raad, van de aard van de rechtsverhouding tussen kentekenhouder en bestuurder en de overige omstandigheden van het geval. Ten aanzien van de toepassing van art. 7:661 BW<sup>27</sup> overwoog de Hoge Raad vervolgens dat de

---

geschillen, met inbegrip van het stakingsrecht, behoudens verplichtingen uit hoofde van reeds eerder gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten.

<sup>23</sup> In het arrest ook 'spelregels' genoemd. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de voorwaarde dat de staking tijdig moet zijn aangezegd, welke voorwaarde ertoe dient om de werkgever in staat te stellen om bedrijfsschade en schade bij derden te voorkomen, aldus HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688, m.nt. PAS. Zie over deze 'spelregels' ook Jaspers 2004, p. 63 e.v., alsmede Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 282.

<sup>24</sup> Thans art. G ESH. Zie hierover De Wolff 2007, p. 254, Asser/Heerma van Voss 7-V\* 2008, nr. 474 en Beltzer & Hoogeveen 2011, art. 6 ESH, aant. C.3.

<sup>25</sup> De Hoge Raad verwijst hierbij naar HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688. Zie over beide arresten ook Loonstra & Zondag 2010, p. 265-266.

<sup>26</sup> Dat bepaalt: 'Indien is vastgesteld dat de gedraging heeft plaatsgevonden met of door middel van een motorrijtuig waarvoor een kenteken is opgegeven, en niet aanstonds is vastgesteld wie daarvan de bestuurder is, wordt, onverminderd het bepaalde in artikel 31, tweede lid, de administratieve sanctie opgelegd aan degene op wiens naam het kenteken ten tijde van de gedraging in het kentekenregister was ingeschreven. Daarbij wordt hij gewezen op het bepaalde in artikel 8.'

<sup>27</sup> Dit artikel vormt een uitwerking van art. 6:170 BW (dat in paragraaf 3.2.3.11 aan de orde zal komen). Vgl. Loonstra & Zondag 2003, p. 55.

vraag of verhaal op een werknemer kan worden genomen in het algemeen ontkennend beantwoord moet worden. Een vorderingsrecht van de werkgever jegens de werknemer is alleen aan de orde wanneer één van de in art. 7:661 BW genoemde uitzonderingsgevallen (opzet of bewuste roekeloosheid) zich voordoet. De hoofdregel is en blijft namelijk dat de werkgever de schade dient te dragen. Blijkens de laatste volzin van lid 1 van art. 7:661 BW kan een uitzondering overigens ook gevonden worden in de ‘omstandigheden van het geval’.<sup>28</sup>

In het arrest van 30 maart 2001 had de Hoge Raad te oordelen over het vóór de inwerkingtreding van art. 7:661 BW (per 1 januari 1997) en art. 7A:1639a BW (per 1 januari 1992) geldende recht. De schadeveroorzakende gedragingen van de werknemer, hadden namelijk plaatsgevonden vanaf 1988 tot in 1990. Onder verwijzing naar het arrest van 4 februari 1983<sup>29</sup> overwoog de Hoge Raad dat een werknemer voor door hem in de vervulling van zijn dienstbetrekking aan de werkgever toegebrachte schade eerst dan aansprakelijk is, indien hem ter zake, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, een ernstig verwijt viel te maken. De hiervoor genoemde wetsartikelen (waarin getoetst wordt aan de hand van het criterium opzet of bewuste roekeloosheid) hebben daarin inhoudelijk geen verandering gebracht, aldus de Hoge Raad.<sup>30</sup>

Ten slotte wijs ik op het arrest van 13 juni 2008,<sup>31</sup> waarin de vraag aan de orde was of de werknemer, aan wie een verkeersboete was opgelegd, daarvoor verhaal op zijn werkgever kan nemen. De omgekeerde situatie van het hierboven als eerste genoemde arrest derhalve. De Hoge Raad oordeelde dat een wettelijke grondslag voor verhaal op de werkgever van krachtens de WAHV opgelegde boetes ontbreekt, maar dat niet valt uit te sluiten dat de werkgever onder bijzondere omstandigheden op grond van het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW gehouden is een boete voor zijn rekening te nemen. Hier moet dus niet worden gekeken naar zomaar relevante omstandigheden, maar naar ‘de bijzondere omstandigheden’, waarmee de Hoge Raad een zekere drempel lijkt

---

<sup>28</sup> Zie hierover ook paragraaf 3.2.1, alsmede Loonstra & Zondag 2010, p. 363-364.

<sup>29</sup> NJ 1983, 543.

<sup>30</sup> Onder verwijzing naar HR 9 januari 1998, NJ 1998, 440.

<sup>31</sup> Waarover Van Arkel 2009, p. 19 e.v. Zie over de omstandigheden van het geval en de invloed van het arrest van 13 juni 2008 daarop p. 22-23. Met betrekking tot de in art. 7:661 BW bedoelde omstandigheden van het geval wijs ik ook op Kolder 2006, p. 57 en 58. Vgl. over dit onderwerp voorts Kruijswijk Jansen 2008, p. 281 e.v. en Kolder & Vorrsselman 2008, p. 2210 e.v. Zie recenter over dit onderwerp Kolder & Vorrsselman 2010, p. 13 e.v. en Kerkhof & Stamhuis 2011, p. 332 e.v.

op te werpen.<sup>32</sup> De Hoge Raad geeft als voorbeeld van een situatie waarin art. 7:611 BW mee kan brengen dat de werkgever voor de boete dient op te komen het geval dat de werkgever het begaan van de beboete verkeersovertreding heeft bevorderd.<sup>33</sup>

### 3.2.3 De gezichtspunten in de rechtspraak van de Hoge Raad

Het hieronder opgenomen overzicht bevat per onderwerp de arresten waarin de Hoge Raad heeft verwezen naar de omstandigheden van het geval, en bij welk onderwerp ook één of meerdere gezichtspuntencatalogi zijn geformuleerd.<sup>34</sup> De arresten waarin een lijst met relevante factoren is genoemd<sup>35</sup> zijn niet alleen genummerd, maar ook vet afgedrukt.

---

<sup>32</sup> Vgl. hierover paragraaf 2.4.3.

<sup>33</sup> Zie hierover Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 127.

<sup>34</sup> Overigens heeft de Hoge Raad in zijn arbeidsrechtelijke uitspraken ook diverse harde subregels en vuistregels geformuleerd. Voor dit begrippenpaar verwijs ik naar paragraaf 2.2.2. Op deze plaats noem ik nog HR 21 maart 2003, JAR 2003/91, m.nt. Heerma van Voss onder NJ 2007, 332. In dit arrest formuleerde de Hoge Raad een harde subregel in het kader van de vraag of de geschorste of op non-actief gestelde werknemer recht heeft op loonbetaling. De Hoge Raad overwoog: 'Een schorsing of een op non-actiefstelling ligt in de risicosfeer van de werkgever en is "een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen" in de zin van lid 1 [van art. 7:628 BW, JQ], zodat de werkgever ook tijdens een schorsing of een op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van loon. Dat is ook het geval indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen of op non-actief te stellen en de schorsing of op non-actiefstelling aan de werknemer zelf is te wijten. De werkgever kan zich immers, zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling onttrekken, ook niet ingeval het gedrag van de werknemer grond voor schorsing of op non-actiefstelling oplevert.' In het arrest van 10 juli 2009, JAR 2009/202 heeft de Hoge Raad juist een harde subregel verworpen. In deze procedure wilde het cassatiemiddel ingang doen vinden dat het voor de vraag of sprake is van seksuele intimidatie in de zin van art. 7:646 lid 8 BW, niet relevant is of de verweten gedraging wel of niet een seksuele lading bevatte, nu voor de toepassing van dit artikel(lid) niet bepalend is hoe de aandacht is bedoeld, maar hoe deze door de 'ontvanger' is ervaren. De Hoge Raad overwoog in dit verband: 'Deze klacht, die kennelijk steunt op de opvatting dat een gedraging zonder meer als seksuele intimidatie moet worden aangemerkt indien degene jegens wie die gedraging is gericht zich seksueel geïntimideerd voelt, faalt. Het hof kon derhalve bij zijn beoordeling van de ernst van de aan Braber verweten gedraging zonder enige rechtsregel te schenden rekening houden met de omstandigheid dat die gedraging voor Braber geen seksuele lading had.'

<sup>35</sup> Waaronder arresten waarin 'slechts' één gezichtspunt wordt genoemd ook worden begrepen.

Onderwerp	Arrest(en)
Gelijke behandeling	- (1) <b>HR 30 januari 2004, JAR 2004/68</b> <sup>36</sup> - HR 13 juli 2012, JAR 2012/209 <sup>37</sup>
Kennelijk onredelijk ontslag	- HR 22 februari 2002, NJ 2002, 260 - HR 3 december 2004, JAR 2005/30 <sup>38</sup> - (2) <b>HR 15 februari 2008, JAR 2008/76</b> - (3) <b>HR 27 november 2009, JAR 2009/305</b> <sup>39</sup> - (4) <b>HR 12 februari 2010, JAR 2010/72</b> <sup>40</sup> - (5) <b>HR 3 september 2010, JAR 2010/250</b> - HR 8 oktober 2010, JAR 2010/276 - (6) <b>HR 24 december 2010, JAR 2011/20</b> <sup>41</sup> - HR 8 april 2011, JAR 2011/131
Kwalificatie	- HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263 <sup>42</sup> - (7) <b>HR 13 juli 2007, JAR 2007/231</b> - (8) <b>HR 25 maart 2011, JAR 2011/109</b> - HR 9 december 2011, JAR 2012/17 <sup>43</sup> - (9) <b>HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926</b>
Loon – octrooi	- (10) <b>HR 1 maart 2002, JAR 2002/66</b> <sup>44</sup>
Matiging loonvordering	- (11) <b>HR 19 januari 2001, JAR 2001/26</b> <sup>45</sup> - HR 13 september 2002, NJ 2002, 496 - HR 3 mei 2002, JAR 2002/134 <sup>46</sup> - (12) <b>HR 16 april 2010, JAR 2010/124</b>

<sup>36</sup> Met noot E. Verhulp onder NJ 2008, 536.

<sup>37</sup> Met noot E.L.J. Bruyninckx.

<sup>38</sup> Met noot GHvV onder NJ 2005, 119.

<sup>39</sup> Met noot G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2010, 495.

<sup>40</sup> Met noot G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2010, 495.

<sup>41</sup> Met noot A. Baris en met noot Verhulp onder NJ 2012, 494.

<sup>42</sup> Met noot E. Verhulp onder NJ 2007, 449.

<sup>43</sup> Met noot C.G.M. Fruytier.

<sup>44</sup> Met noot G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2003, 210.

<sup>45</sup> Met noot PAS onder NJ 2001, 264.

<sup>46</sup> Met noot DA onder NJ 2003, 642.

Onderwerp	Arrest(en)
Ontbinding arbeidsovereenkomst	<ul style="list-style-type: none"> <li>- HR 15 december 2000, JAR 2001/14<sup>47</sup></li> <li>- HR 2 november 2001, JAR 2001/255</li> <li>- HR 1 maart 2002, JAR 2002/66</li> <li>- HR 1 maart 2002, JAR 2002/67<sup>48</sup></li> <li>- HR 10 januari 2003, JAR 2003/39</li> <li>- HR 7 november 2003, JAR 2003/295<sup>49</sup></li> <li>- <b>(13) HR 2 april 2004, JAR 2004/112</b><sup>50</sup></li> <li>- HR 10 december 2004, JAR 2005/12<sup>51</sup></li> <li>- HR 11 juli 2008, JAR 2008/203<sup>52</sup></li> </ul>
Ontslag op staande voet	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>(14) HR 21 januari 2000, JAR 2000/45</b></li> <li>- <b>(15) HR 29 september 2000, JAR 2000/223</b><sup>53</sup></li> <li>- HR 11 mei 2001, JAR 2001/111</li> <li>- <b>(16) HR 22 februari 2002, JAR 2002/81</b><sup>54</sup></li> <li>- <b>(17) HR 20 juni 2003, JAR 2003/179</b></li> <li>- <b>(18) HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259</b><sup>55</sup></li> <li>- HR 16 juni 2006, JAR 2006/171</li> <li>- HR 1 september 2006, JAR 2006/228</li> <li>- HR 14 september 2007, JAR 2007/250<sup>56</sup></li> <li>- HR 3 september 2010, JAR 2010/251</li> <li>- <b>(19) HR 17 december 2010, JAR 2011/19</b></li> <li>- <b>(20) HR 20 april 2012, JAR 2012/135</b><sup>57</sup></li> </ul>
Overgang van onderneming	<ul style="list-style-type: none"> <li>- HR 19 januari 2001, JAR 2001/25<sup>58</sup></li> <li>- <b>(21) HR 10 december 2004, JAR 2005/13</b></li> <li>- HR 10 december 2004, JAR 2005/14</li> </ul>

<sup>47</sup> Met noot PAS onder NJ 2001, 251.

<sup>48</sup> Met noot G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2003, 211.

<sup>49</sup> Met noot GHvV onder NJ 2004, 174.

<sup>50</sup> Met noot E. Verhulp onder NJ 2006, 212.

<sup>51</sup> Met noot E. Verhulp onder NJ 2006, 212.

<sup>52</sup> Met noot E. Verhulp onder NJ 2009, 128.

<sup>53</sup> Met noot PAS onder NJ 2001, 560.

<sup>54</sup> Met noot G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2003, 174.

<sup>55</sup> Met noot G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2007, 480.

<sup>56</sup> Met noot E. Verhulp onder NJ 2008, 334.

<sup>57</sup> Met noot G.W. van der Voet.

<sup>58</sup> Met noot PAS onder NJ 2001, 493.

Onderwerp	Arrest(en)
Uitleg	<ul style="list-style-type: none"> <li>- HR 14 januari 2000, JAR 2000/43<sup>59</sup></li> <li>- <b>(22) HR 20 februari 2004, JAR 2004/83<sup>60</sup></b></li> <li>- HR 9 juli 2004, JAR 2004/189<sup>61</sup></li> <li>- HR 1 oktober 2004, JAR 2004/257</li> <li>- HR 23 april 2010, JAR 2010/127</li> </ul>
Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>(23) HR 28 april 2000, JAR 2000/122<sup>62</sup></b></li> <li>- HR 20 oktober 2000, JAR 2000/237</li> <li>- HR 16 mei 2003, JAR 2003/147<sup>63</sup></li> <li>- HR 12 september 2003, JAR 2003/242<sup>64</sup></li> <li>- HR 9 juli 2004, JAR 2004/190</li> <li>- <b>(24) HR 26 november 2004, JAR 2004/289<sup>65</sup></b></li> <li>- <b>(25) HR 11 november 2005, JAR 2005/287<sup>66</sup></b></li> <li>- HR 20 januari 2006, JAR 2006/50<sup>67</sup></li> <li>- <b>(26) HR 17 februari 2006, JAR 2006/67<sup>68</sup></b></li> <li>- HR 23 juni 2006, JAR 2006/174</li> <li>- HR 2 maart 2007, JAR 2007/91</li> <li>- HR 27 april 2007, JAR 2007/128<sup>69</sup></li> <li>- HR 11 april 2008, JAR 2008/146<sup>70</sup></li> <li>- HR 8 februari 2008, JAR 2008/73</li> <li>- HR 11 november 2011, JAR 2011/315<sup>71</sup></li> <li>- <b>(27) HR 23 maart 2012, JAR 2012/110<sup>72</sup></b></li> </ul>

<sup>59</sup> Met noot JH onder NJ 2000, 273.

<sup>60</sup> Met noot C.E. du Perron onder NJ 2005, 493.

<sup>61</sup> Eveneens met noot C.E. du Perron onder NJ 2005, 493.

<sup>62</sup> Met noot A.R. Bloembergen onder NJ 2000, 431.

<sup>63</sup> Met noot GHvV onder NJ 2004, 177.

<sup>64</sup> Met noot GHvV onder NJ 2004, 177.

<sup>65</sup> Met noot H.J. Snijders onder NJ 2006, 228.

<sup>66</sup> Met noot G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2008, 465.

<sup>67</sup> Met noot G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2008, 465.

<sup>68</sup> Met noot C.J.H. Brunner onder NJ 2007, 285.

<sup>69</sup> Met noot G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2008, 465.

<sup>70</sup> Met noot G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2008, 465.

<sup>71</sup> Met noot B. Barentsen.

<sup>72</sup> Met noot W.A. Zondag.

Onderwerp	Arrest(en)
Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:611 BW	<ul style="list-style-type: none"> <li>- (28) HR 1 februari 2008, JAR 2008/56<sup>73</sup></li> <li>- (29) HR 1 februari 2008, JAR 2008/57<sup>74</sup></li> <li>- (30) HR 12 december 2008, JAR 2009/15<sup>75</sup></li> <li>- HR 19 december 2008, JAR 2009/17<sup>76</sup></li> <li>- HR 17 april 2009, JAR 2009/128</li> </ul>
Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 6:170 BW	<ul style="list-style-type: none"> <li>- (31) HR 9 november 2007, JAR 2007/305</li> <li>- HR 30 oktober 2009, JAR 2009/288<sup>77</sup></li> </ul>
Wettelijke verhoging	- (32) HR 3 mei 2002, JAR 2002/134
Wijziging arbeidsvoorwaarden	<ul style="list-style-type: none"> <li>- HR 28 april 2000, JAR 2000/120</li> <li>- (33) HR 11 juli 2008, JAR 2008/204<sup>78</sup></li> <li>- HR 12 februari 2010, JAR 2010/71</li> </ul>
Zorgplicht bij beëindiging vroegpensioen	- (34) HR 8 februari 2013, JAR 2013/73 <sup>79</sup>

De vraag rijst of er een verklaring kan worden gegeven voor het feit dat de Hoge Raad met betrekking tot hetzelfde thema zich de ene keer beperkt tot het noemen van de omstandigheden van het geval en de andere keer deze omstandigheden aanvult met een gezichtspuntencatalogus. Vooropgesteld moet worden dat de Hoge Raad zich hierover in zijn arresten niet uitlaat. De daadwerkelijke reden is dus niet duidelijk. Vermoedelijk zijn met name de aard en inhoud van de voorgestelde cassatiemiddelen hierbij van doorslaggevende betekenis. Soms zal het middel aanleiding geven tot de beperkte variant (het uitsluitend verwijzen naar de omstandigheden van het geval) en in andere gevallen zal het middel het formuleren van een gezichtspuntencatalogus wel toestaan. Een andere mogelijke verklaring is dat de Hoge Raad zelf ook (nog) niet weet welke gezichtspunten ten aanzien van een bepaald onderwerp nu wel of niet moeten worden genoemd. Ook is denkbaar dat er simpelweg (veel) te veel factoren zijn die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de voorliggende zaak. Het lijkt dan (inderdaad) het veiligst om het uitdrukkelijk noemen van mogelijk relevante omstandigheden achterwege te laten. In de lagere rechtspraak kan dan uitkristalliseren welke omstandigheden van belang zijn. Een voorbeeld van een

<sup>73</sup> Met noot T. Hartlief onder NJ 2009, 335.

<sup>74</sup> Met noot T. Hartlief onder NJ 2009, 335.

<sup>75</sup> Met noot T. Hartlief onder NJ 2009, 335.

<sup>76</sup> Met noot T. Hartlief onder NJ 2009, 335.

<sup>77</sup> Met noot M.R. Mok onder NJ 2010, 52.

<sup>78</sup> Met noot G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2011, 185.

<sup>79</sup> Met noot M. Heemskerk.



uitspraak waarin de Hoge Raad dit met zoveel worden aangaf is arrest nummer 3, dat in paragraaf 3.2.3.2 besproken wordt.

Hieronder zullen de hierboven genoemde arresten per onderwerp nader worden besproken,<sup>80</sup> waarbij de aandacht voornamelijk uit zal gaan naar die arresten waarin de Hoge Raad niet uitsluitend heeft verwezen naar de omstandigheden van het geval, maar waarin tevens een gezichtspuntencatalogus is geformuleerd. Om een latere beoordeling van de verschillende gezichtspunten, in paragraaf 3.3, mogelijk te maken is het zaak zo dicht mogelijk te blijven bij de door de Hoge Raad gekozen bewoordingen. De relevante overwegingen van de Hoge Raad zullen om die reden veelal letterlijk worden aangehaald.<sup>81</sup> De in de onderstaande paragrafen weergegeven nummering correspondeert met de nummering in het bovenstaande overzicht. In paragraaf 3.3 zal ook weer op deze nummering worden teruggegrepen.

#### **3.2.3.1 Gelijke behandeling**

In het arrest van de Hoge Raad van 30 januari 2004 (nummer 1) is het zogenoemde Agfa-criterium aan de orde. Dat houdt, blijkens het arrest van 8 april 1994,<sup>82</sup> in dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat. In het arrest uit 2004 ging het, kort gezegd, om de vraag of KLC-vliegers jegens de KLM aanspraak konden maken op dezelfde arbeidsvoorwaarden voor wat betreft salaris en senioriteit als KLM-piloten.

De Hoge Raad overwoog te dien aanzien dat de vraag of het onderscheid verboden is alleen bevestigend kan worden beantwoord, indien dit onderscheid naar de ingevolge art. 7:611 BW toepasselijke maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Bij deze toetsing, zo vervolgde de Hoge Raad:

---

<sup>80</sup> Ook hier geldt dat de arresten veelal beknopt zullen worden weergegeven. Voor verdere informatie is naar andere literatuur verwezen.

<sup>81</sup> De nummering van de gezichtspunten is steeds door mij aangebracht. Dat geldt niet voor arrest nummer 23 (Van Hese/De Schelde), in welk arrest de Hoge Raad de verschillende relevante factoren zelf van een nummering heeft voorzien. Voor de vindplaatsen van de verschillende arresten zij wederom verwezen naar het hierboven opgenomen schema.

<sup>82</sup> NJ 1994, 704.

‘dient het beginsel van gelijke behandeling van gelijke arbeid onder gelijke omstandigheden in aanmerking te worden genomen, maar behoort evenzeer rekening te worden gehouden met de andere omstandigheden van het geval.’<sup>83</sup>

Uit dit arrest vloeit dus voort dat alle omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de vraag of sprake is van verboden onderscheid, waarbij het hiervoor genoemde Agfa-criterium een aspect is dat zonder meer in de beoordeling moet worden betrokken. Asscher-Vonk heeft ten aanzien van deze overweging opgemerkt, dat het rechtsbeginsel dat gelijke arbeid gelijk beloond moet worden – één van de aspecten van gelijke behandeling bij de arbeid – dus teruggedfloten wordt van *reign supreme* naar het hok van ‘een van de omstandigheden die bij de beoordeling in aanmerking worden genomen’.<sup>84</sup>

Waar de Hoge Raad over het algemeen eerst verwijst naar de omstandigheden van het geval en daarna een catalogus van gezichtspunten formuleert, kan het uiteraard ook omgekeerd, zoals dit arrest laat zien. Allereerst noemt de Hoge Raad namelijk een (relevante) factor die in aanmerking dient te worden genomen, waar de Hoge Raad aan toevoegt dat evenzeer rekening behoort te worden gehouden met de andere omstandigheden van het geval.

In het arrest van 13 juli 2012<sup>85</sup> was de vraag aan de orde of sprake was van verboden onderscheid op grond van leeftijd, nu in de toepasselijke CAO was geregeld dat voor de KLM-vliegers een verplicht pensioenontslag gold indien de 56-jarige leeftijd werd bereikt. In dit kader is relevant dat de WGBL, die op een Europese richtlijn is gebaseerd,<sup>86</sup> in art. 3 aanhef en sub c het maken van onderscheid op grond van leeftijd bij het beëindigen van een arbeidsverhouding verbiedt. Ingevolge art. 7 lid 1 aanhef en sub c WGBL geldt dit verbod niet indien het onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Voor zover hier relevant overwoog de Hoge Raad dat uit de rechtspraak van het HvJEG voortvloeit dat de nationale rechter over een ruime beoordelingsmarge beschikt ten aanzien van de criteria ‘passend’ en ‘noodzakelijk’, waarbij de

<sup>83</sup> Zie over dit arrest ook Heerma van Voss 2005, p. 51 e.v. Zie voorts Van Eck 2004, p. 63 e.v., Blokzijl & Van Coevorden 2004, p. 37 e.v. en Loonstra & Hoogendijk 2006.

<sup>84</sup> Asscher-Vonk 2011, p. 207.

<sup>85</sup> JAR 2012/209.

<sup>86</sup> Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

rechter 'in redelijkheid' de gestelde, ter zake dienende omstandigheden van het geval dient af te wegen.

### 3.2.3.2 Kennelijk onredelijk ontslag

Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad betreffende kennelijk onredelijk ontslag spelen de omstandigheden van het geval een prominente rol, met name in enkele vrij recente arresten.

Ik wijs allereerst op het arrest van 22 februari 2002,<sup>87</sup> waarin door de werknemer een beroep was gedaan op het zogenoemde gevolgcriterium van art. 7:681 lid 2 aanhef en sub b BW.<sup>88</sup> De Hoge Raad oordeelde dat de vraag, wanneer de gevolgen voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging, aan de hand van alle omstandigheden van het geval dient te worden beantwoord. De rechtbank had in deze procedure slechts aandacht besteed aan de vraag of de werkgever een afvloeiingsregeling voor de werknemer had getroffen en de mogelijkheden die de werkgever daarvoor had. Dat was, met het oog op voornoemd criterium, onvoldoende, zodat vernietiging en verwijzing volgden.

Als de rechter eenmaal tot de conclusie is gekomen dat het aan de werknemer verleende ontslag kennelijk onredelijk is – en herstel van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:682 BW niet aan de orde is – kan de rechter, zo volgt uit art. 7:681 lid 1 BW, een schadevergoeding toekennen. Ook bij de beantwoording van de vraag welke vergoeding billijk te achten is, dient de rechter alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in onderlinge samenhang in aanmerking te nemen, zo volgt uit het arrest van 3 december 2004.<sup>89</sup>

Het oordeel, dat rekening moet worden gehouden met alle (in onderling verband en samenhang te beschouwen) omstandigheden van het geval, is herhaald in het arrest van de Hoge Raad van 15 februari 2008<sup>90</sup> (nummer 2), in welk arrest het ging om de opzegging van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die geruime tijd ziek was. De Hoge Raad voegde hier één gezichtspunt aan toe. Hij overwoog namelijk:

---

<sup>87</sup> NJ 2002, 260.

<sup>88</sup> Dit houdt in dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever kennelijk onredelijk kan zijn indien de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in verhouding met het belang van de werknemer bij de opzegging. Het gevolgcriterium wordt in de meeste kennelijk onredelijk ontslagzaken aan de vordering ten grondslag gelegd. Vgl. hierover Bouwens 2008, p. 13.

<sup>89</sup> JAR 2005/119.

<sup>90</sup> JAR 2008/76.

‘Tot die omstandigheden kan mede behoren (1) of, en zo ja in welke mate, de werkgever een verwijt kan worden gemaakt van de arbeidsongeschiktheid. Weliswaar is verwijtbaarheid geen voorwaarde om te kunnen oordelen dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, maar indien de werkgever wél een verwijt kan worden gemaakt van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid, is zulks – naast de overige ter zake dienende omstandigheden van het geval – van belang bij de beoordeling van de redelijkheid van het ontslag en van de voor de werknemer in dat verband getroffen voorzieningen.’<sup>91</sup>, <sup>92</sup>

Over de volgorde van de hierboven bedoelde twee toetsingsmomenten liet de Hoge Raad zich uit in het arrest Van de Grijp/Stam van 27 november 2009 (nummer 3).<sup>93</sup> De Hoge Raad oordeelde dat bij op art. 7:681 lid 1 en lid 2 BW gebaseerde vorderingen eerst aan de hand van de omstandigheden tezamen en in onderling verband moet worden vastgesteld dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag vóórdat kan worden toegekomen aan de vraag welke vergoeding aan de werknemer moet worden toegekend. De Hoge Raad vervolgde dat ook bij toepassing van het gevolgcriterium (ex art. 7:681 lid 2 aanhef en sub b BW) reeds uit de wettelijke omschrijving volgt:

‘... dat het enkele feit dat geen voorziening voor de werknemer is getroffen, niet voldoende is om aan te nemen dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Ook dan hangt het af van alle door de rechter vast te stellen omstandigheden, waaronder (1) het ontbreken van een vergoeding ter zake van het ontslag, of voldaan is aan de in de wet neergelegde maatstaf die in de kern inhoudt dat het ontslag is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap. Het hof heeft weliswaar overwogen dat bij de beantwoording van de vraag of een ontslag kennelijk onredelijk is, alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen, doch het hof heeft desondanks klaarblijkelijk, maar ten onrechte, als vuistregel aanvaard dat het enkele

---

<sup>91</sup> Overigens heeft de Hoge Raad in dit arrest ook een vuistregel bevestigd. Hij oordeelde dat de enkele omstandigheid dat de werknemer na een lang dienstverband wegens arbeidsongeschikt is ontslagen, niet betekent dat de werknemer aanspraak kan maken op een vergoeding. Zie r.o. 3.5.

<sup>92</sup> De in dit arrest en in de navolgende uitspraken aangebrachte nummering van de gezichtspunten is niet van de Hoge Raad, maar door mij toegevoegd, zodat later eenvoudig naar de desbetreffende gezichtspunten kan worden verwezen.

<sup>93</sup> Zie over dit arrest onder andere Rutgers 2009, p. 293 e.v., Buijs 2010a, p. 16 e.v. en Jansen 2010, p. 3 e.v.

ontbreken van een voorziening met de uitkomst van de kantonrechtersformule verminderd met 30% het ontslag kennelijk onredelijk doet zijn.’<sup>94</sup>

De Hoge Raad vervolgde verderop in het arrest dat:

‘de hoogte van de toe te kennen vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag gerelateerd is aan (1) de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting als goed werkgever te handelen, en aan (2) de daaruit voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen voor de werknemer.’

De rechter dient zich overigens, zo oordeelde de Hoge Raad voorts, steeds nauwkeurig rekenschap te geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen, en hij dient daarvan in zijn beslissing ook verantwoording af te leggen op zodanige wijze dat voldoende inzicht wordt gegeven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid. Dat komt namelijk de voorspelbaarheid van beslissingen over de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag ten goede, zo voegde de Hoge Raad daaraan toe, waarbij het overigens denkbaar is dat de (lagere) rechters een zekere mate van harmonisatie tot stand brengen door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zonder dat zij één bepaalde algemene formule als vuistregel hanteren.

Niet veel later, op 12 februari 2010, wees de Hoge Raad het arrest Rutten/Breed (nummer 4), waarin op Van de Grijp/Stam werd voortgeborduurd.<sup>95</sup> De Hoge Raad oordeelde dat bij de beantwoording van de vraag of het gegeven ontslag ingevolge het gevolgcriterium kennelijk onredelijk is, alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag in aanmerking moeten worden genomen. Als vuistregel oordeelde de Hoge Raad dat, de enkele omstandigheid dat de werknemer zonder toekenning van een vergoeding is ontslagen, in het algemeen geen grond oplevert voor een vordering als bedoeld in art. 7:681 lid 1 BW. In een dergelijk geval, zo vervolgde de Hoge Raad, moet voor het aannemen van kennelijke onredelijkheid sprake zijn van bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de nadelige gevolgen van de beëindiging geheel of ten dele voor rekening van de werkgever dienen te komen.

<sup>94</sup> De door de Hoge Raad genoemde vuistregel werd, onder verwijzing naar Van de Grijp/Stam, herhaald in zijn arrest van 8 oktober 2010, JAR 2010/276.

<sup>95</sup> Vgl. met betrekking tot het arrest Rutten/Breed Buijs 2010b, p. 31-32.

Als is aangenomen dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, heeft de werknemer recht op een vergoeding. De Hoge Raad noemde in het arrest Rutten/Breed enkele factoren die bij de vaststelling van de hoogte van die vergoeding een rol spelen. Hij overwoog:

‘De hoogte van deze vergoeding houdt uiteraard nauw verband met de omstandigheden die de rechter tot zijn oordeel over de kennelijke onredelijkheid van het ontslag hebben geleid, en is mede afhankelijk van omstandigheden zoals (1) de duur van het dienstverband, (2) de leeftijd van de werknemer en (3) diens kans op het vinden van ander passend werk (...).’<sup>96</sup>

Verderop in het arrest heeft de Hoge Raad nog aanwijzingen gegeven omtrent de wijze waarop met deze gezichtspunten moet worden omgegaan. De Hoge Raad overwoog namelijk dat het aantal dienstjaren en de leeftijd van de werknemer factoren zijn waarmee de rechter bij de begroting van de schade rekening kan houden. In hoeverre deze factoren een rol spelen, zal, zo oordeelde de Hoge Raad, afhangen van de omstandigheden van het concrete geval die tot het oordeel hebben geleid dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Dat de rechter daarbij in het algemeen meer gewicht toekent aan deze gezichtspunten naarmate het dienstverband langer heeft geduurd en de leeftijd van de betrokken werknemer hoger is, is, aldus de Hoge Raad, in overeenstemming met de aard van de aansprakelijkheid en van de schade.

De Hoge Raad herhaalde verder het oordeel uit Van de Grijp/Stam, dat de rechter in verband met de betekenis die aan de bijzondere omstandigheden van het geval behoort te worden toegekend, de schade niet mag begroten aan de hand van een algemene formule. In de procedure die tot het arrest Rutten/Breed leidde had het hof de zogenoemde XYZ-formule toegepast.<sup>97</sup> Dat vond bij de Hoge Raad dus geen genade.

In aansluiting op de in Van de Grijp/Stam genoemde motiveringseis, oordeelde de Hoge Raad in Rutten/Breed dat de voorspelbaarheid van kennelijk

<sup>96</sup> Dit is een bevestiging van een al wat ouder arrest, te weten HR 1 december 1978, NJ 1979, 185. Vgl. ook HR 25 juni 1999, JAR 1999/149. Zie in het bijzonder over de door de Hoge Raad genoemde factor leeftijd: Quist 2007c, p. 80-92.

<sup>97</sup> De XYZ-formule luidt:  $X$  (aantal ‘gewogen’ dienstjaren)  $\times$   $Y$  (laatstverdiende maandsalaris)  $\times$   $Z$  (correctiefactor). In de  $Z$ -factor worden alle omstandigheden van het geval ten tijde van het ontslag gewogen, waarbij het uitgangspunt is dat  $Z$  maximaal 0,5 is. Slechts in bijzondere gevallen kan de  $Z$ -factor hoger uitvallen. Zie voor toepassing van de XYZ-formule de arresten van het Hof Amsterdam van 7 juli 2009, JAR 2009/217 en ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ1648, die van het Hof Den Bosch van dezelfde datum, JAR 2009/200 en ECLI:NL:GHSHE:2009:BJ1713, alsmede het arrest van het Hof Leeuwarden, eveneens van 7 juli 2009, JAR 2009/198.

onredelijk ontslagprocedures toeneemt naarmate de rechter vollediger inzicht geeft in de gedachtegang die tot zijn beslissing heeft geleid.<sup>98</sup> De (lagere) rechter zal dus, zo blijkt uit dit arrest, duidelijk moeten maken welke omstandigheden op welke wijze aan de uiteindelijke beslissing hebben bijdragen.<sup>99</sup>

Naast de hierboven genoemde gezichtspunten, noemde de Hoge Raad in het arrest van 3 september 2010 (nummer 5) een andere mogelijk relevante factor. De Hoge Raad oordeelde dat de omstandigheid dat aan de werknemer een andere passende functie binnen het concern van de werkgever is aangeboden, welk aanbod door de werknemer is geweigerd, weliswaar niet van doorslaggevend belang is, maar in beginsel wel moet worden meegewogen bij de toetsing aan de maatstaf van art. 7:681 lid 2 onder b BW, waarbij het immers gaat om alle omstandigheden van het geval, in onderlinge samenhang beschouwd.

Nog een ander gezichtspunt volgt uit het arrest van 24 december 2010 (nummer 6), dat gaat over de vraag of een zogenoemd wijzigingsontslag kennelijk onredelijk is. Daarover oordeelde de Hoge Raad dat op zichzelf juist is dat wanneer de uit de artt. 7:613 en 611 BW voortvloeiende rechtsbescherming van de werknemer tegen onredelijke (voorstellen tot) wijziging van de arbeidsvoorwaarden wordt omzeild doordat is gekozen voor een wijzigingsontslag met toestemming van (thans) het UWV, dat een omstandigheid is die betrokken moet worden bij de beantwoording van de vraag of het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is. Daarbij moeten evenwel, zo vervolgde de Hoge Raad, zoals steeds bij de beoordeling van een op art. 7:681 lid 1 en 2 BW gebaseerde vordering, ook de overige omstandigheden van het geval worden betrokken teneinde te beoordelen of bij de keuze van de werkgever voor het wijzigingsontslag is voldaan aan de in deze bepaling neergelegde maatstaf, die

---

<sup>98</sup> Dat de rechter inzicht moet geven in zijn gedachtegang is overigens de minimum motiveringseis die de Hoge Raad stelt (uitzonderingen zoals bijvoorbeeld in kort geding daargelaten), zo zal in paragraaf 4.5 aan de orde komen.

<sup>99</sup> Na cassatie heeft de Hoge Raad de zaak verwezen naar het Hof Den Bosch. Dit hof deed op 18 oktober 2011 uitspraak. Het oordeelde dat Breed, de werkgever, voor 35% aansprakelijk is voor de door de opzegging door Rutten geleden schade. Vgl. Hof Den Bosch 18 oktober 2011, JIN 2011/779. De zaak Van de Grijp/Stam werd door de Hoge Raad verwezen naar het Hof Amsterdam, dat op 8 maart 2011 (JAR 2011/147), oordeelde dat de opzegging niet kennelijk onredelijk was, zodat Stam ook geen aanspraak kon maken op enige schadevergoeding. Het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep werd met toepassing van art. 81 RO verworpen. Vgl. HR 13 april 2012, JAR 2012/134.

in de kern inhoudt dat het ontslag is gegeven in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap.<sup>100</sup>

In het kader van mijn onderzoek is voorts nog het arrest van de Hoge Raad van 8 april 2011<sup>101</sup> van belang, aangezien de Hoge Raad hierin een temporele afbakening heeft gegeven van de omstandigheden van het geval die een rol kunnen spelen bij de vraag of ingevolge het gevolgcriterium sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Die vraag dient aldus de Hoge Raad te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden zoals deze zich niet later dan op het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden.<sup>102</sup> Nadien intredende omstandigheden kunnen weliswaar in aanmerking worden genomen, maar uitsluitend voor zover zij aanwijzingen opleveren voor wat niet later dan op het ingangsmoment van het ontslag kon worden verwacht.<sup>103</sup> Dat geldt ook voor wat betreft de vaststelling van de omvang van de vergoeding in het geval het ontslag kennelijk onredelijk is geoordeeld. De Hoge Raad overwoog in dat verband eveneens dat de na het ontslag intredende omstandigheden buiten beschouwing moeten worden gelaten, behoudens voor zover daaruit aanwijzingen zijn te putten voor hetgeen uiterlijk op het tijdstip van de ingang van het ontslag kon worden verwacht met betrekking tot de gevolgen van het ontslag voor de werknemer.<sup>104</sup>

Wanneer de hierboven genoemde gezichtspunten worden samengenomen blijkt, resumerend, dat de vraag of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Daarbij is volgens de Hoge Raad van belang of aan de werknemer een vergoeding is toegekend.<sup>105</sup> Voorts kan van belang zijn of, in het geval van een arbeidsongeschikte werknemer, de werkgever een verwijt van de arbeidsonge-

---

<sup>100</sup> Baris merkte in zijn noot onder dit arrest op dat, zoals al gold voor het enkele feit dat een werknemer arbeidsongeschikt is en voor het enkele feit dat geen vergoeding is toegekend, nu ook voor het feit dat sprake is van een wijzigingsontslag geldt dat dit moet worden beschouwd in onderlinge samenhang met alle andere omstandigheden van het geval, hetgeen naar zijn oordeel voor de naar rechtszekerheid zoekende arbeidsrechtjurist onbevredigend is.

<sup>101</sup> JAR 2011/131.

<sup>102</sup> Zie hiervoor ook reeds HR 13 april 2001, JAR 2001/82, alsmede HR 21 mei 2010, JAR 2010/163. In hoofdregel gaat het, bij toepassing van het gevolgcriterium, om een beoordeling ex tunc. Vgl. Zondag 2005, p. 15.

<sup>103</sup> Vgl. HR 3 maart 1995, NJ 1995, 451.

<sup>104</sup> Zie in dit kader reeds HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266.

<sup>105</sup> Zo volgt ook uit art. 7:681 lid 2 sub b BW, waarin wordt gesproken over de voor de werknemer getroffen voorzieningen, waarvan een financiële vergoeding onderdeel kan uitmaken.



schiktheid kan worden gemaakt. Ook kan een rol spelen dat de aan de werknemer toekomende rechtsbescherming door een zogenoemd wijzigings-ontslag wordt omzeild, alsmede dat aan de werknemer een andere passende functie is aangeboden, maar deze door de werknemer is geweigerd.

De hoogte van de toe te kennen vergoeding is eveneens afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, waarbij ook betekenis toekomt aan de omstandigheden die tot het oordeel hebben geleid dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Van belang bij het bepalen van de omvang van de vergoeding zijn voorts de aard en ernst van het tekortschieten van de werkgever in zijn verplichting zich als goed werkgever te gedragen en de daaruit voortvloeiende (materiële en immateriële) nadelen voor de werknemer. Ook zijn de duur van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en diens kans op het vinden van ander passend werk van belang.<sup>106</sup>

### 3.2.3.3 Kwalificatie

Bij de beoordeling van de vraag of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW zijn de omstandigheden van het geval eveneens van belang.<sup>107</sup> In zijn arrest van 10 oktober 2003,<sup>108</sup> waarin de vraag aan de orde was of men van doen had met een arbeidsovereenkomst of een alimentatieovereenkomst, overwoog de Hoge Raad dat het hof ten onrechte de tekst van de overeenkomst doorslaggevend had geacht voor zijn conclusie dat sprake was van een arbeidsovereenkomst. Bij het vaststellen van de overeengekomen verplichtingen, zo oordeelde de Hoge Raad verder, moet immers worden gelet op alle omstandigheden van het geval en niet alleen op de schriftelijke tekst van de overeenkomst.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> In de literatuur wordt ook gewezen op andere relevante factoren. Zie onder andere de noot van Stein onder HR 1 december 1978, NJ 1979, 185, alsmede Houweling & Van der Voet 2009, p. 16. Zie ook De Laat 1998, p. 17, alwaar is verwezen naar het onderzoek van J.J. Groen. Het betreft hier relevante omstandigheden in het kader van de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW. Andere mogelijk relevante omstandigheden worden nog genoemd door Roozendaal. Vgl. Roozendaal 2009, p. 29. Vgl. over dit onderwerp ook Von Bergh, Siesling & Van Rijs 2009. Zie voor de factoren die een rol spelen bij kennelijk onredelijk ontslag p. 42 e.v. en Quist 2010b, p. 60 e.v.

<sup>107</sup> Dat volgt reeds uit HR 14 november 1997, JAR 1997/263 (Groen/Schoevers), waarover Loonstra & Westerbeek 2007, p. 417.

<sup>108</sup> Zie over dit arrest ook Loonstra & De Jong 2011, art. 610, aant. C.3.

<sup>109</sup> Zie voor toepassing van de 'alle omstandigheden van het geval-leer' in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 4 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3213, die voorop stelde dat overeenkomstig de Hoge Raad-jurisprudentie voor de vraag of een overeenkomst een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht is, alle omstandigheden van het geval relevant zijn.

Relevant is dat de Hoge Raad daar in het arrest van 13 juli 2007 (nummer 7) aan toevoegde dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, het niet alleen van belang is (1) wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook (2) op welke wijze zij feitelijk uitvoering aan de overeenkomst hebben gegeven.<sup>110</sup> De Hoge Raad kwam in deze zaak tot het oordeel dat het hof bij deze toets terecht niet één enkel kenmerk beslissend heeft geacht; de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun respectieve verhoudingen hebben verbonden moeten namelijk in hun onderling verband worden gezien, gelet op alle ter zake dienende omstandigheden van het geval.<sup>111</sup>

In het kader van de kwalificatieproblematiek wijs ik voorts op het arrest van 25 maart 2011 (nummer 8),<sup>112</sup> dat gaat over de vraag of een deelnemster aan het TV-programma 'De Gouden Kooi' al of niet in privaatrechtelijke dienstbetrekking (in de zin van art. 3 WW) werkzaam was.<sup>113</sup> Het gaat hier om het cassatieberoep van het UWV tegen de uitspraak van de CRvB met betrekking tot de aanvraag van een WW-uitkering door de deelnemster.<sup>114</sup> In zijn uitspraak heeft de Hoge Raad de twee hiervoor genoemde arresten als het ware met elkaar verbonden. De Hoge Raad oordeelde dat bij de beantwoording van de vraag of de rechtsverhouding tussen partijen als een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW dient te worden aangemerkt, moet worden getoetst of de inhoud van die rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.<sup>115</sup> Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien, en dienen niet alleen (1) de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient

---

<sup>110</sup> Over dit arrest nader Loonstra & Zondag 2010, p. 107-108.

<sup>111</sup> Deze overweging is (grotendeels) afkomstig uit het arrest Groen/Schoevers, HR 14 november 1997, JAR 1997/263. Zie hierover ook A-G Verkade in zijn conclusie (onderdeel 5.3) voor HR 15 september 2006, JAR 2006/244, waarover De Laat 2007, p. 57.

<sup>112</sup> Het betreft hier overigens een arrest van de Derde Kamer van de Hoge Raad, die in hoofdzaak fiscale zaken behandelt, en niet van de Eerste Kamer, ook wel de Civiele Kamer genoemd. Zie hierover de noot van Loonstra onder JAR 2011/109, alsmede Loonstra & De Jong 2011, art. 610, aant. C.3. Zie over dit arrest ook Loonstra 2011a, alsmede Loonstra 2011b, p. 86 e.v.

<sup>113</sup> Het arrest is onder NJ 2011, 594 geannoteerd door Verhulp.

<sup>114</sup> De mogelijkheid om beroep in cassatie in te stellen volgt uit art. 129d lid 1 WW.

<sup>115</sup> Zie over die criteria (de elementen van de arbeidsovereenkomsten) onder andere Van Drongelen & Fase 2005, p. 30 e.v., Asser/Heerma van Voss 7-V\* 2008, nr. 19 e.v., Loonstra & Zondag 2010, p. 92 e.v. en Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 58 e.v.

ook acht te worden geslagen op (2) de wijze waarop partijen uitvoering aan hun overeenkomst hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.<sup>116</sup>

In het arrest van 17 februari 2012 (nummer 9) werd in gelijke zin geoordeeld. Ook daarin overwoog de Hoge Raad dat bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien. In dit kader noemde de Hoge Raad eveneens niet alleen (1) de rechten en verplichtingen die partijen bij het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar ook (2) de wijze waarop zij uitvoering aan die rechtsverhouding hebben gegeven. In voornoemd arrest uit 2012 voegde de Hoge Raad aan deze overweging toe, dat niet één enkel kenmerk beslissend is, maar dat de verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in onderling verband moeten worden bezien, in welk kader de Hoge Raad onder andere verwees naar het arrest Groen/Schoevers uit 1997.<sup>117</sup> Onder verwijzing naar dit arrest overwoog de Hoge Raad ook, dat bij de beoordeling van de bedoeling van partijen ook betekenis toekomt aan de maatschappelijke positie van degene wiens mogelijke hoedanigheid van werknemer wordt beoordeeld.

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een werknemer in de zin van art. 1 onder b sub 2° BBA<sup>118</sup> zijn juist *niet* alle omstandigheden van het geval van belang, zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest van 9 december 2011.<sup>119</sup> Het cassatiemiddel in deze zaak klaagde er onder meer over dat het hof ten onrechte geen onderzoek heeft gedaan naar en geen betekenis heeft toegekend aan de partijbedoelingen en de daarmee samenhangende concrete omstandig-

---

<sup>116</sup> In zijn JAR-annotatie is Loonstra met name ingegaan op de partijbedoeling. Hij schreef dat zolang de rechter maar aangeeft alles wat relevant is te hebben gezien en gewogen, de weg waarlangs de rechter tot zijn oordeel komt minder belangrijk is. Beslissend is steeds de weging van alle omstandigheden van het geval, het 'totaaloordeel van de gezamenlijke omstandigheden'. In zijn noot onder NJ 2011, 594 schreef Verhulp over "een 'holistische weging' van alle omstandigheden van het geval".

<sup>117</sup> HR 14 november 1997, JAR 1997/263.

<sup>118</sup> Art. 1 onder b BBA bepaalt in de eerste plaats dat onder 'werknemer' in de zin van het besluit wordt verstaan de werknemer als bedoeld in art. 7:610 lid 1 BW. Voorts worden (in sub 2°) als werknemer aangeduid: 'degene, die persoonlijk arbeid verricht voor een ander tenzij hij dergelijke arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verricht of hij zich door meer dan twee andere personen, niet zijnde zijn echtgenoot of geregistreerde partner of bij hem inwonende bloedverwanten of aanverwanten of pleegkinderen, laat bijstaan of deze arbeid voor hem slechts een bijkomstige werkzaamheid is'. Zie over het feit dat het BBA een ander werknemberbegrip kent dan het BW de noot van Fruytier onder het – hierna te noemen – arrest van de Hoge Raad.

<sup>119</sup> JAR 2012/17.

heden van het geval. De Hoge Raad oordeelde dat de klacht faalt. In dat verband overwoog hij dat het BBA bescherming beoogt te bieden aan de daarin omschreven ‘werknemers’, en dat dat meebrengt dat de in art. 1 sub b onder 2° BBA genoemde criteria objectief van aard zijn (met uitzondering van het vereiste van het persoonlijk verrichten van de arbeid, omdat daarbij van belang is wat partijen zijn overeengekomen en derhalve ook de – subjectieve – partijbedoelingen een rol kunnen spelen).<sup>120</sup> De Hoge Raad vervolgde dat het hof de partijbedoelingen en andere omstandigheden die daarmee samenhangen en die volgens het middel tezamen tot een ander oordeel zouden moeten leiden, terecht buiten beschouwing heeft gelaten, behalve bij zijn oordeel in r.o. 3.12, waar het hof in het kader van de vraag of de overeenkomst tussen partijen een verplichting meebracht de werkzaamheden persoonlijk te verrichten, heeft onderzocht wat partijen dienaangaande bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond. Dit arrest biedt dus een voorbeeld waarin uitdrukkelijk wordt geoordeeld dat juist niet alle omstandigheden van het geval van toepassing zijn; enkele omstandigheden worden namelijk van de beoordeling uitgesloten.

#### **3.2.3.4 Loon – octrooi**

Ten aanzien van deze problematiek is het arrest van de Hoge Raad van 1 maart 2002 (nummer 10), waarin het gaat om art. 10 lid 2 ROW 1910, van belang.<sup>121</sup> Dit artikel bepaalde, kort gezegd, dat ingeval de uitvinder niet geacht kan worden in het door hem genoten loon of in een bijzondere door hem te ontvangen uitkering vergoeding te vinden voor het gemis aan octrooi, de werkgever verplicht is, hem een in verband met het geldelijk belang van de uitvinding en met de omstandigheden waaronder zij plaats had, billijk bedrag toe te kennen.

In het arrest van 1 maart 2002 ging het om Ter Meulen, de werknemer, die heeft gewerkt bij TNO. Op zijn arbeidsovereenkomst waren van toepassing de ‘TNO arbeidsvoorwaarden’. Deze bepaalden dat onverminderd het wettelijk bepaalde inzake het van rechtswege aan de werkgever toekomen van industriële en intellectuele eigendomsrechten (vgl. art. 10 lid 1 ROW 1910), de werkgever het uitsluitend recht heeft op de door de werknemer in het kader van zijn

---

<sup>120</sup> De Hoge Raad verwees in dit verband naar HR 21 maart 1969, NJ 1969, 321.

<sup>121</sup> Deze wet is vervallen op 1 september 2004. Thans geldt de Rijksoctrooiwet 1995. In art. 12 lid 1 is bepaald dat het recht op octrooi in beginsel aan de werknemer toekomt. Dat is anders indien de aard van de betrekking meebrengt dat de werknemer zijn bijzondere kennis aanwendt tot het doen van uitvindingen waarop de octrooiaanvraag betrekking heeft. Lid 6 van art. 12 geeft een regeling voor het toekennen van een billijke vergoeding aan de uitvinder.

dienstverband gedane uitvindingen. Daar was aan toegevoegd dat, voor zover dit niet afwijkt van enige bepaling van dwingend recht, het door de werknemer krachtens de arbeidsovereenkomst genoten salaris een vergoeding omvat voor het gemis van de aan de werkgever toevallende rechten van industriële en intellectuele eigendom.

Ter Meulen had gedurende zijn dienstverband bij TNO verschillende uitvindingen gedaan, waarvoor één octrooi was verleend en voor een viertal andere uitvindingen een octrooi was aangevraagd. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is door de kantonrechter ontbonden, onder toekenning van een ontbindingsvergoeding aan Ter Meulen van (destijds) Fl. 475.000,00. Ter Meulen heeft jegens TNO aanspraak gemaakt op een billijke vergoeding in de zin van art. 10 lid 2 ROW 1910.<sup>122</sup>

Ten aanzien van deze vordering oordeelde de Hoge Raad in de eerste plaats dat het algemene uitgangspunt van het arbeidsrecht, dat het overeengekomen loon een vergoeding inhoudt voor alle overeengekomen prestaties, ook geldt indien het doen van onderzoek dat kan leiden tot uitvindingen tot die prestaties behoort. In de regel, zo vervolgde de Hoge Raad, zal derhalve ook mogen worden aangenomen dat in zo'n geval het overeengekomen loon een vergoeding inhoudt voor het missen van de aanspraak op octrooi. Dat betekent dat art. 10 lid 2 ROW 1910 dus alleen ziet op het (zich in de regel niet voordoende) geval dat het loon niet geacht kan worden een dergelijke vergoeding in te houden.<sup>123</sup> Het gaat er dus om dat de werknemer een vergoeding voor het octrooi moet ontberen. Te dien aanzien overwoog de Hoge Raad verder:

‘De vraag of dat geval zich voordoet en derhalve aan de werknemer “een in verband met het geldelijk belang der uitvinding en met de omstandigheden, waaronder zij plaats had, billijk bedrag” toekomt, moet beantwoord worden aan de hand van de omstandigheden van het geval, zoals (1) de positie en functie van de werknemer binnen de organisatie van de werkgever, (2) zijn honorering en verdere arbeidsvoorwaarden, (3) de aard en het geldelijk belang van de desbetreffende uitvinding en (4) de mate waarin de werknemer aan de uitvinding heeft bijgedragen. Voor het aannemen van een zodanig geval is dus niet voldoende noch vereist dat geen specifieke component in het loon is aan te wijzen voor het gemis aan octrooi in het algemeen.’

<sup>122</sup> Zie over de (on)mogelijkheid van het instellen van vorderingen buitenom de toegewezen ontbindingsvergoeding paragraaf 3.2.3.6.

<sup>123</sup> De Hoge Raad verwijst naar HR 27 mei 1994, NJ 1995, 136.

De rechtbank, oordelende in hoger beroep, had bepaald dat een aan Ter Meulen toekomende billijke vergoeding moet worden vastgesteld, omdat het salaris van Ter Meulen niet daadwerkelijk voorzag in het gemis aan octrooi. In dit verband heeft de rechtbank een comparitie van partijen gelast teneinde de hoogte van de vergoeding en de daarvoor relevante factoren te bespreken.

De Hoge Raad heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd, omdat de rechtbank (kennelijk) alleen beslissend heeft geacht of in het overeengekomen salaris van Ter Meulen een specifiek ter compensatie van het gemis aan octrooi toegekende component is aan te wijzen. Gelet op de hierboven geciteerde overweging uit het arrest van de Hoge Raad, had de rechtbank mitsdien een onjuiste maatstaf aangelegd.<sup>124</sup>

### **3.2.3.5 Matiging loonvordering**

Art. 7:680a BW bevat een wettelijke regeling voor de matiging van de door de werknemer ingestelde loonvordering die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging. Het artikel bepaalt dat de rechter bevoegd is om zo'n vordering te matigen, indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden,<sup>125</sup> doch op niet minder dan het in geld vastgestelde loon voor de duur van de opzegtermijn ingevolge art. 7:672 BW noch op minder dan het in geld vastgestelde loon voor drie maanden. Deze regeling is gebaseerd op rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> Zie over dit onderwerp ook Bodewes 2008, p. 3 e.v., De Lange & Ruyters 2008, p. 20 e.v. en voor de gezichtspuntencatalogus in het bijzonder Rijlaarsdam 2005, p. 88 e.v. Zie ook Quaadvlieg 2002, p. 23, waar is geschreven dat de Hoge Raad, aangezien de vraag of een billijke vergoeding op zijn plaats is beantwoord moet worden aan de hand van de omstandigheden van het geval, weinig structuur biedt voor de rechter die zich over deze vraag moet buigen. Naar het oordeel van Quaadvlieg is er wel een zekere hiërarchie aan te brengen in de omstandigheden die van gewicht zijn, zodat de rechter enig houvast kan worden geboden bij de beoordeling van de omstandigheden die kunnen meetellen. Zo dient het geldelijk belang voor de werknemer, naar het oordeel van Quaadvlieg (beschreven op p. 33 van voornoemd artikel) de eerste en belangrijkste horde bij de beslissing over een billijke vergoeding voor het gemis aan octrooi te zijn.

<sup>125</sup> In dit artikel is door de wetgever dus uitdrukkelijk verwezen naar de omstandigheden van het geval. Zie daarover paragraaf 3.2.1.

<sup>126</sup> Duk heeft beschreven dat art. 7:680a BW de codificatie is van een sinds 1979 in de rechtspraak ontwikkelde norm, gebaseerd op analogische toepassing van wat thans art. 7:680 lid 5 BW is. Duk 2006, p. 149. De regeling van matiging van de loonvordering geldt uitsluitend indien sprake is van een arbeidsovereenkomst en niet bij een overeenkomst van opdracht. In HR 10 november 2000, JAR 2000/250, oordeelde de Hoge Raad dat analoge toepassing niet aan de orde is. Uit HR 11 juli 2008, JIN 2008/552, volgt dat art. 7:680a BW de rechter geen matigingsbevoegdheid geeft in een geval waarin de loonvordering niet samenhangt met de vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst, maar gegrond is op het doorlopen van de

In het kader van deze problematiek wijs ik op een drietal uitspraken van de Hoge Raad. De eerste dateert van 19 januari 2001 (nummer 11). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat, indien de rechter tot matiging van een loonvordering wil overgaan, hij gehouden is alle bijzonderheden van het geval in onderling verband in aanmerking te nemen.<sup>127</sup> Daaraan koppelde de Hoge Raad een aantal gezichtspunten. Hij oordeelde namelijk verder dat tot die bijzonderheden kan behoren dat de werknemer, die de bedongen arbeid niet meer behoefde te verrichten, zich al dan niet voldoende heeft ingespannen om elders aan de slag te gaan. Ook uit de verdere overwegingen van de Hoge Raad kan nog een gezichtspunt worden gedestilleerd. Geoordeeld werd namelijk dat, wanneer eenmaal is vastgesteld dat de werknemer zich bereid heeft verklaard de bedongen arbeid te verrichten, de wijze waarop de werknemer van die bereidheid heeft doen blijken, geen rol meer kan spelen bij de vraag of de loonvordering moet worden gematigd. Ook de vraag of de werknemer heeft laten blijken tot het verrichten van de bedongen arbeid bereid te zijn is dus één van de mogelijk relevante factoren, waarbij de Hoge Raad heeft laten doorschemeren dat het hier om een gesloten gezichtspunt gaat.<sup>128</sup> Immers, óf de werknemer heeft zich bereid getoond te werken óf hij heeft dat niet gedaan. Een middenweg is er niet, terwijl de wijze waarop de werknemer van die bereidheid heeft doen blijken geen omstandigheid is die van belang is voor de beoordeling van de vraag of de loonvordering van de werknemer moet worden gematigd. Hier wordt dus tevens een mogelijk relevante factor uitdrukkelijk uitgesloten.<sup>129</sup>

Ik wijs voorts op het arrest van 13 september 2002, waarin de Hoge Raad vooropstelde dat matiging van de vordering tot doorbetaling van loon aan de orde kan zijn indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Bij zijn oordeel in hoeverre aan dit vereiste is voldaan dient de rechter een mate van terughoudendheid te betrachten

---

arbeidsovereenkomst hoewel de werkgever zich op het standpunt stelt dat die met wederzijds goedvinden is beëindigd. In zo'n geval zou de werkgever wel op basis van art. 6:248 lid 2 BW om matiging van de loonvordering van de werknemer kunnen verzoeken.

<sup>127</sup> Ik wijs in dit verband ook op HR 28 september 1984, NJ 1985, 245, m.nt. PAS, waarin de werknemer een loonvordering had ingesteld op grond van de stelling dat het aan hem verleende ontslag op staande voet nietig was. De Hoge Raad oordeelde dat bij beantwoording van de vraag of die vordering moet worden gematigd (met overeenkomstige toepassing van art. 1639r (oud) BW (thans: art. 7:680 BW) de rechter alle bijzonderheden van het gegeven geval in onderling verband in aanmerking behoort te nemen.

<sup>128</sup> Zie hierover paragraaf 2.4.5.

<sup>129</sup> Ik wijs ook op de noot van PAS, waarin is vermeld dat bij de vraag naar de matiging ook rekening dient te worden gehouden met het elders verdiende loon.

die met deze maatstaf strookt. Daarvan moet in de motivering ook blijk gegeven worden.<sup>130</sup> De Hoge Raad vervolgde met de uitsluiting van enkele omstandigheden en wel door een en ander in de vorm van een vuistregel te gieten. Hij overwoog namelijk:

‘Gegeven enerzijds de voor de werknemer op het spel staande belangen en anderzijds de mate waarin de wederzijdse raadslieden en de rechter invloed kunnen uitoefenen op de duur van het geding, zijn noch die duur, noch de mate waarin deze is toe te rekenen aan de werknemer, in beginsel omstandigheden die matiging als hier bedoeld kunnen rechtvaardigen. Onder uitzonderlijke omstandigheden kan zulks anders zijn, met name indien de feiten geen andere conclusie toe laten dan dat de werknemer de procedure welbewust heeft trachten te rekken en daarmee succes heeft gehad.’<sup>131</sup>

De rechtbank had in deze procedure geoordeeld dat in de lange tijdsduur tussen de inleidende dagvaarding en de datum van haar vonnis gronden voor matiging waren gelegen. Dat oordeel heeft het, gelet op de hiervoor geciteerde overweging van de Hoge Raad, in cassatie niet gered.

Tot slot noem ik het (meer recente) arrest van 16 april 2010 (nummer 12). Dit arrest betreft een bevestiging van de hierboven genoemde uitspraak van 19 januari 2001. De Hoge Raad oordeelde onder verwijzing naar dat arrest, dat indien de rechter tot matiging van de loonvordering wil overgaan – hetgeen hij ook ambtshalve kan doen – hij gehouden is alle bijzonderheden van het geval in zijn beoordeling te betrekken en dat tot die bijzonderheden kan behoren dat de werknemer, die de bedongen arbeid niet meer behoefde te verrichten, zich al dan niet voldoende heeft ingespannen om elders aan de slag te gaan. De Hoge Raad noemde in het arrest uit 2010 overigens nog een aanvullende ‘bijzonderheid’ die in dit kader van belang kan zijn. Hij oordeelde:<sup>132</sup>

‘Indien toewijzing van de loonvordering een wanverhouding in het leven roept tussen de periode waarin daadwerkelijk is gewerkt en het tijdvak waarover loon

---

<sup>130</sup> Dat was niet het geval in de zaak die leidde tot HR 26 maart 2004, JAR 2004/111. De rechtbank had namelijk geoordeeld dat zij het beroep van de werkgever op matiging zal honoreren, ‘gelet op alle omstandigheden van het geval’. De Hoge Raad oordeelde te dien aanzien dat uit de overwegingen van de rechtbank niet blijkt dat zij zich er rekenschap van heeft gegeven dat van matiging van de loonvordering slechts sprake kan zijn indien toewijzing van de loonvordering tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. De rechtbank had, aldus de Hoge Raad, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

<sup>131</sup> Volgt verwijzing naar HR 30 oktober 1998, NJ 1999, 268.

<sup>132</sup> Onder verwijzing naar HR 3 januari 1986, NJ 1986, 700.



moet worden doorbetaald, kan deze wanverhouding grond opleveren om toewijzing in de gegeven omstandigheden gelet op de gevolgen onaanvaardbaar te achten.’

Uit het verdere oordeel van de Hoge Raad vloeit voort dat de lagere rechter dan wel moet motiveren waarom van een zodanige wanverhouding sprake is. Het uitsluitend noemen van de lange periode waarover loon moet worden doorbetaald in verhouding tot de periode waarin arbeid is verricht, is onvoldoende. Gemotiveerd moet worden waarom die wanverhouding bij volledige toewijzing van de vordering tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.

De rechtspraak ten aanzien van de matiging van loonvorderingen biedt, voor wat betreft de problematiek van de gezichtspuntencatalogi, een enigszins versnipperd beeld.<sup>133</sup> Duidelijk is dat de rechter, bij de beoordeling van de vraag of tot matiging van de loonvordering van de werknemer moet worden overgegaan, alle bijzonderheden van het geval moet betrekken, maar een duidelijke catalogus met gezichtspunten die daarbij van belang (kunnen) zijn heeft de Hoge Raad niet genoemd. Uit verschillende arresten kunnen de mogelijk relevante factoren echter wel worden afgeleid. Het gaat hier onder andere om de vraag of de werknemer zich al dan niet voldoende heeft ingespannen om elders aan de slag te gaan en de eventuele wanverhouding tussen de periode waarover loon moet worden doorbetaald en de tijd dat de werknemer daadwerkelijk arbeid heeft verricht. Interessant is voorts dat de Hoge Raad ook heeft geoordeeld dat een bepaalde factor in beginsel juist niet in de beoordeling moet worden betrokken. Het gaat hier om de duur van de procedure en de mate waarin de werknemer die met succes heeft weten te rekken. Aan deze aspecten komt in beginsel geen belang toe, maar ‘uitzonderlijke omstandigheden’ kunnen weer een uitzondering op deze vuistregel rechtvaardigen.<sup>134</sup>

### **3.2.3.6 Ontbinding van de arbeidsovereenkomst**

Art. 7:685 lid 8 BW bepaalt dat, indien de kantonrechter op grond van veranderingen in de omstandigheden tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst

<sup>133</sup> Zie voor een bespreking van de verschillende door de Hoge Raad genoemde omstandigheden ook Post & Van Rij 2003, p. 30, alsmede Loonstra & Zondag 2010, p. 182-183.

<sup>134</sup> Een en ander geldt ook indien het beroep op matiging niet wordt gestoeld op art. 7:680a BW (welk artikel alleen van toepassing is indien sprake is van een loonvordering die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst), maar op art. 6:248 lid 2 BW, zo volgt uit HR 12 september 2012, JAR 2012/276.

overgaat, hij aan één van de partijen (in de regel de werknemer) een vergoeding kan toekennen.<sup>135</sup> In de praktijk rijst met enige regelmaat de vraag of die ontbindingsvergoeding alles omvat of dat de werknemer, naast de aan hem toegekende vergoeding, in een andere procedure nog aanspraak kan maken op vergoeding van door hem geleden schade.

Ten aanzien van deze vraag heeft de Hoge Raad meermalen overwogen dat de bijzondere aard van de wettelijke regeling betreffende de arbeids-overeenkomst met zich brengt dat in de regeling betreffende de ontbinding van de arbeidsovereenkomst (en dus evenzeer van de in die procedure vast te stellen vergoeding),<sup>136</sup> zoals neergelegd in art. 7:685 BW, het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid in beginsel ten volle tot uitdrukking dient te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter, op de voet van het achtste lid van dat artikel, met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid aan één der partijen ten laste van de wederpartij toekent, en dat het daarom gewenst is dat de rechter bij het vaststellen van de door hem toe te kennen vergoeding alle voor zijn billijkheidsoordeel relevante factoren meeweegt.<sup>137</sup> De hoofdregel luidt dat de werknemer nadat aan hem een ontbindingsvergoeding is toegekend, geen nieuwe procedure kan starten teneinde een andere aanspraak geldend te maken.<sup>138</sup> Dat kan wel indien die mogelijkheid in de ontbindingsbeschikking uitdrukkelijk open is gelaten, zo volgt uit het Baijings-arrest uit 1997.<sup>139</sup>

De hierboven genoemde overweging bevat een tweetal verwijzingen naar de omstandigheden van het geval. Allereerst dient de door de kantonrechter toe te kennen ontbindingsvergoeding met het oog op de omstandigheden van het geval billijk te zijn en bovendien moet de rechter bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding alle daarvoor relevante factoren meewegen.<sup>140</sup> Wel heeft de Hoge Raad ter zake een beperking in de tijd aangebracht. In het arrest van

---

<sup>135</sup> Zie over in ontbindingszaken toegekende vergoedingen uitgebreid het proefschrift van Kruit (Kruit 2012).

<sup>136</sup> Zie voor deze toevoeging de annotatie van Verhulp onder JAR 2002/66.

<sup>137</sup> Zie hiervoor de in bovengenoemd overzicht genoemde uitspraken.

<sup>138</sup> Vgl. bijvoorbeeld HR 2 november 2001, JAR 2001/255, HR 1 maart 2002, JAR 2002/66, HR 1 maart 2002, JAR 2002/67, HR 10 januari 2003, JAR 2003/39 en HR 10 december 2004, JAR 2005/12. Uit de arresten van 1 maart 2002 volgt echter dat deze regel niet geldt voor aanspraken van de werknemer die tijdens het dienstverband zijn ontstaan. Zie hierover de noot van Verhulp onder JAR 2002/66.

<sup>139</sup> HR 24 oktober 1997, JAR 1997/248. Zie ook HR 11 juli 2008, JAR 2008/203.

<sup>140</sup> Zo kan de kantonrechter bij het vaststellen van de hoogte van de aan de werknemer toe te kennen vergoeding ex art. 7:685 lid 8 BW ook rekening houden met het verlies van de uit aandelenopties voortvloeiende voordelen, zo volgt uit HR 15 december 2000, JAR 2001/14.

11 juli 2008<sup>141</sup> is geoordeeld dat in de hoogte van de ontbindingsvergoeding uitsluitend omstandigheden kunnen worden meegewogen die op de datum van de ontbindingsbeschikking bekend waren of bekend hadden kunnen zijn. Het temporele bereik van de mogelijk relevante omstandigheden is dus beperkt.

Het arrest van de Hoge Raad van 2 april 2004 (nummer 13) bevat een voorwaardelijk gezichtspunt.<sup>142</sup> Nadat de Hoge Raad had overwogen dat de rechter dient te onderzoeken of het hem met het oog op alle omstandigheden van het geval billijk voorkomt om aan de verzoekende partij (in dit geval de werknemer) een ontbindingsvergoeding toe te kennen, oordeelde hij dat, indien in de ontbindingsprocedure een beroep wordt gedaan op de tussen de werknemer en werkgever op voorhand overeengekomen afvloeiingsregeling, de rechter die regeling bij zijn oordeel omtrent de toekenning van een vergoeding mede in zijn beschouwingen dient te betrekken. De overeengekomen regeling kan dus één van de relevante factoren zijn, maar uitsluitend op voorwaarde dat daarop in de ontbindingsprocedure een beroep is gedaan.<sup>143</sup>

### 3.2.3.7 Ontslag op staande voet

Gezichtspuntencatalogi treffen we ook aan bij het ontslag op staande voet.<sup>144</sup> Reeds in 1977 formuleerde de Hoge Raad een gezichtspuntencatalogus in het kader van de vraag of sprake was van een dringende reden omdat een werknemer had deelgenomen aan een tegen overheidsbeleid gerichte staking<sup>145</sup> en in 1980 formuleerde de Hoge Raad een lijst met relevante omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de vraag of het ontslag op staande voet onverwijld is gegeven.<sup>146</sup> Vervolgens duurde het nog tot 1999 (het

<sup>141</sup> JAR 2008/203, waarover onder meer Bodewes & Baris 2008, p. 15 e.v.

<sup>142</sup> Zie hierover paragraaf 2.4.5.3.

<sup>143</sup> Zie over dit arrest en ruimer, over de Baijings-problematiek, Loonstra & Verburg 2005, p. 48 e.v. Vgl. ook Tjong Tjin Tai & Veling 2005, p. 155 e.v., alsmede Bodewes 2004, p. 14 e.v.

<sup>144</sup> Ten aanzien van dit onderwerp heeft de Hoge Raad overigens ook vuistregels en harde subregels geformuleerd. Zie voor vuistregels HR 14 december 2001, JAR 2002/17, 8 oktober 2004, JAR 2004/259 en HR 17 december 2010, JAR 2011/19 en voor een voorbeeld van een harde subregel HR 27 juni 2008, JAR 2008/188. Zie over dit onderwerp Sagel & Verhulp 2005, p. 98 e.v., alsmede Duk 2006, p. 147.

<sup>145</sup> HR 25 november 1977, NJ 1978, 176, m.nt. PAS.

<sup>146</sup> Zie HR 15 februari 1980, NJ 1980, 328, m.nt. PAS. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat de van de werkgever te vergen voortvarendheid afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer valt te denken aan de aard en omvang van eventueel noodzakelijk onderzoek, de behoedzaamheid die bij het instellen van zo'n onderzoek geboden kan zijn om geen onrust in het bedrijf te veroorzaken, de eventuele noodzaak tot het inwinnen van rechtskundig advies en tot het verzamelen van bewijsmateriaal, en de door de werkgever in acht te nemen zorg om te vermijden dat, bij

arrest Schrijver/Van Essen) voordat ook een catalogus werd geïntroduceerd ten aanzien van de (meer algemene) vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, dus ook buiten de situatie dat de werknemer deelnam aan een tegen de regering gerichte staking en om die reden door de werkgever op staande voet ontslagen was.<sup>147</sup> De catalogus uit Schrijver/Van Essen werd herhaald in het arrest van 22 februari 2002 (nummer 16). De Hoge Raad oordeelde:

‘Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden in de zin van art. 7:677 lid 1 in verbinding met art. 7:678 lid 1 BW moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen.<sup>148</sup> Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken (1) de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer (2) de aard van de dienstbetrekking, (3) de duur daarvan en (4) de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede (5) de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals (5a) zijn leeftijd en (5b) de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en ernst van hetgeen de werkgever als een dringende reden aanmerkt tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is.’<sup>149</sup>

Het is niet vereist dat de werknemer van zijn gedragingen, die de werkgever aanleiding hebben gegeven hem op staande voet te ontslaan, een verwijt kan worden gemaakt, zodat, zo heeft de Hoge Raad geoordeeld in zijn arrest van 29 september 2000 (nummer 15), uitgangspunt behoort te zijn dat ontslag op staande voet in beginsel ook mogelijk is indien de werknemer geen verwijt

---

ongegrondbevinding van het vermoeden, de werknemer in zijn gerechtvaardigde belangen zou worden geschaad.

<sup>147</sup> HR 12 februari 1999, JAR 1999/102, waarover uitvoerig in hoofdstuk 6.

<sup>148</sup> Zie voor andere arresten van de Hoge Raad waarin voorop werd gesteld dat de vraag of sprake is van een dringende reden aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden beantwoord HR 11 mei 2001, JAR 2001/111, HR 20 juni 2003 (nummer 17), HR 8 oktober 2004 (nummer 18) en HR 3 september 2010, JAR 2010/251.

<sup>149</sup> Volgt verwijzing naar HR 21 januari 2000 (nummer 14), waarin de laatste volzin van dit citaat ook is opgenomen. In dat arrest noemde de Hoge Raad overigens niet de gehele catalogus, maar werden uitsluitend de persoonlijke omstandigheden van de werknemer (de gezichtspunten 5a en 5b) met zoveel woorden genoemd. In gelijke zin HR 20 juni 2003 (nummer 17) en HR 8 oktober 2004 (nummer 18).

treft.<sup>150</sup> Het hangt, zo overwoog de Hoge Raad verder, af van de aard van de dringende, voor het ontslag op staande voet aangevoerde reden, en, zo die aard niet reeds meebrengt dat de eis van verwijtbaarheid moet worden gesteld, van de afweging van de concrete omstandigheden van het geval, of het verweer van de werknemer dat die reden niet toereikend is voor een ontslag op staande voet omdat die gedraging hem niet kan worden verweten, doel kan treffen.<sup>151</sup> Nadat eerst aan de hand van de omstandigheden is beoordeeld of sprake is van een dringende reden kan, indien die vraag bevestigend is beantwoord, de vraag rijzen of de werknemer van de hem verweten gedraging een verwijt kan worden gemaakt, waarbij de omstandigheden van het geval eveneens een rol spelen.

De omstandigheden van het geval zijn ook van belang indien slechts een gedeelte van de door de werkgever opgegeven ontslagredenen komt vast te staan. In zo'n geval zal, zo volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad, het ontslag niettemin kunnen gelden als te zijn verleend om een dringende, onverwijld medegedeelde reden indien (a) het wel bewezen gedeelte op zichzelf beschouwd kan worden als een dringende reden voor ontslag op staande voet, (b) de werkgever heeft gesteld, en ook aannemelijk is, dat hij de werknemer ook op staande voet zou hebben ontslagen indien hij – anders dan hij blijkt de ontslagaanzegging meende – daarvoor niet meer grond zou hebben gehad dan in rechte is komen vast te staan en (c) dit laatste voor de werknemer in het licht van de gehele inhoud van die aanzegging en de overige omstandigheden van het geval ook duidelijk moet zijn geweest.<sup>152</sup>

Een catalogus van gezichtspunten was weer aan de orde in het arrest van 17 december 2010 (nummer 19),<sup>153</sup> dat ging om de vraag of een bankmedewerker op staande voet kon worden ontslagen omdat hij wegens seksueel misbruik van zijn stiefzoontje tot een gevangenisstraf was veroordeeld en daardoor geruime tijd op het werk zou verzuimen. De werkgever, ABN AMRO, had in cassatie verdedigd dat een vuistregel diende te worden aangenomen, inhoudende dat werkverzuim als gevolg van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden,

---

<sup>150</sup> Het vaststellen van verwijtbaarheid is wel van belang bij het antwoord op de vraag of de partij die aanleiding tot een dringende reden heeft gegeven op grond van art. 7:677 lid 3 BW schadeplichtig is geworden. Vgl. Beltzer 2004, p. 17.

<sup>151</sup> Waarna de Hoge Raad verwees naar HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549.

<sup>152</sup> Aldus overwoog de Hoge Raad in HR 16 juni 2006, JAR 2006/171 en HR 1 september 2006, JAR 2006/228, m.nt. E. Verhulp.

<sup>153</sup> Voor een nadere bespreking van dit arrest verwijs ik naar de noot van Koevoets onder JAR 2011/19, alsmede naar Loonstra & Hoogendijk 2011, Frikkee 2011, p. 25-27, Quist 2011, p. 102 e.v., Houweling 2011, p. 474 e.v. en – in zeer kritische zin – Hansma 2012, p. 147 e.v.

een dringende reden vormt die ontslag op staande voet rechtvaardigt. Zover heeft de Hoge Raad niet willen gaan. Hij heeft vastgehouden aan zijn (vaste) rechtspraak, dat bij de beoordeling van de vraag of een bepaald feit ontslag op staande voet rechtvaardigt alle – in onderling verband en samenhang te beschouwen – omstandigheden van het geval in aanmerking behoren te worden genomen.<sup>154</sup> Het feit dat het werkverzuim het gevolg is van detentie is één van die omstandigheden, niet meer en niet minder. Dat geldt ook, zo voegde de Hoge Raad nog toe, indien het werkverzuim een gevolg is van een veroordeling wegens een ernstig delict waardoor de werknemer nog geruime tijd gedetineerd blijft.

De Hoge Raad heeft voor de verdere beoordeling deels verwezen naar de eerder genoemde gezichtspunten in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden (zie arrest nummer 16), maar voor het overige ook aangeknoopt bij de door het hof genoemde factoren, zodat evenzeer duidelijk wordt welke omstandigheden in zaken als de onderhavige van belang (kunnen) zijn. De Hoge Raad overwoog:

‘Gelet op het voorgaande heeft het hof voor zijn oordeel dat het aan de werknemer gegeven ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was, (...) terecht gewicht gehecht niet alleen aan (1) de duur van het dienstverband en (2) de leeftijd van de werknemer (dit in relatie tot zijn kansen op de arbeidsmarkt), maar ook aan (3) de omstandigheid dat het strafbare feit waarvoor hij is veroordeeld in geen enkel verband stond tot de werkzaamheden die hij voor ABN AMRO verrichtte, (4) zich geheel in de privésfeer heeft voltrokken en (5) op zijn functioneren als werknemer geen negatieve invloed heeft gehad, (6) dat de werknemer steeds voortreffelijk heeft gefunctioneerd, en (7) dat ABN AMRO geen directe schade heeft geleden als gevolg van de langdurige detentie. Anders dan de onderdelen 3 en 4 betogen, is het hof voorts niet voorbij gegaan aan de stellingen van ABN AMRO over (8) de ernst van het delict, (9) de bij terugkeer van de werknemer te verwachten onrust op de werkvloer, en (10) het geschonden vertrouwen van ABN AMRO in hem, maar heeft het die stellingen (...) uitdrukkelijk in zijn oordeel betrokken doch van minder gewicht geacht dan de hiervoor vermelde omstandigheden.’

Ook het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2012 (nummer 20) is van belang. Zonder de gehele catalogus uit het arrest Schrijver/Van Essen uit 1999 te herhalen, overwoog de Hoge Raad dat bij de beantwoording van de vraag of de aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde redenen als dringend in de

---

<sup>154</sup> Duk heeft geschreven dat de Hoge Raad daarmee niets nieuws brengt. Duk 2011, p. 23.

zin van art. 7:677 lid 1 BW te gelden hebben, mede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die het ontslag voor hem zou hebben, moeten worden betrokken. Onder verwijzing naar het arrest van 21 januari 2000 (nummer 14), voegde de Hoge Raad hieraan toe dat, ook indien de gevolgen voor de werknemer ingrijpend zijn, een afweging van de persoonlijke omstandigheden tegen de aard en ernst van de dringende reden tot de slotsom kan leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is.

Gelet op de hierboven besproken arresten is duidelijk dat de omstandigheden van het geval, al dan niet in combinatie met door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten, een belangrijke rol spelen bij de ontslag op staande voet-rechtspraak.

### **3.2.3.8 Overgang van onderneming**

Ook bij overgang van onderneming spelen de omstandigheden van het geval een rol, zo volgt in de eerste plaats uit het arrest van 19 januari 2001.<sup>155</sup> In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de rechtbank met een bevestigende beantwoording van de vraag of de voedingsdienst onderdeel heeft uitgemaakt van de onderneming van BRN – in het licht van de rechtspraak van het HvJEG<sup>156</sup> – geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door beslissend te achten of BRN de voedingsdienst voor eigen rekening en risico heeft gedreven en door te oordelen dat zulks afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

Van belang is voorts het arrest van 10 december 2004 (nummer 21). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad:

‘Wil sprake zijn van overgang van onderneming in de zin van art. 7:662, onder b, (oud) BW, dan moet de identiteit van de betrokken eenheid na de overgang bewaard zijn gebleven, hetgeen met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite wordt voortgezet of hervat. Om vast te stellen of hiervan sprake is, zijn bepalend de feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, waaronder de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen.’

---

<sup>155</sup> JAR 2001/25.

<sup>156</sup> Waarbij is verwezen naar HvJEG 10 december 1998, zaken C-127/96, 229/96 en 74/97, Jurispr. I-8179, ook gepubliceerd in JAR 1999/16.

Deze overweging is afkomstig uit het zogenoemde Sodexho-arrest van het HvJEG van 20 november 2003.<sup>157</sup> In navolging van het Hof van Justitie verwijst de Hoge Raad dus naar de feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken en voegt aan die overweging één gezichtspunt toe. In het arrest van het Hof, in onderdeel 33, zijn echter nog meer gezichtspunten te vinden, die ook in het Hoge Raad-arrest zijn genoemd.<sup>158</sup> In navolging van het HvJEG en onder verwijzing naar het Sodexho-arrest, overwoog de Hoge Raad ook:

‘Voor de beantwoording van de vraag of voldaan is aan de voorwaarden voor overgang van een onderneming, kan van belang zijn dat vrijwel alle personeelsleden door de nieuwe ondernemer zijn overgenomen.’<sup>159</sup>

alsmede

‘Voor de vraag of sprake is van overgang van onderneming kan mede van belang zijn of de klantenkring wordt overgedragen.’<sup>160</sup>

De verschillende relevante factoren staan dus enigszins verspreid in het arrest van de Hoge Raad, maar dat doet er niet aan af dat er wel degelijk een lijstje met gezichtspunten te formuleren is, waarbij ik opmerk dat de genoemde aspecten in het arrest van het Hof van Justitie wel in één overweging zijn genoemd.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> Zaak C-340/01, gepubliceerd in NJ 2004, 265. Zie over dit arrest ook Franx-Schapp & Lennarts 2004, p. 62 e.v.

<sup>158</sup> De door de Hoge Raad genoemde relevante factoren worden dus ontleend aan rechtspraak van het HvJEG. Zie over de verhouding tussen deze colleges Heerma van Voss 2005, p. 33 e.v. Zie in dit kader ook Verburg, 2010, p. 33 e.v. Duk heeft in dit verband geschreven dat de Nederlandse wetgeving betreffende overgang van onderneming op een Europese richtlijn is gebaseerd en dat daarom het HvJEG over veel vragen van interpretatie het laatste woord heeft. De rechtsvormende taak van de Hoge Raad is daardoor beperkt. Vgl. Duk 2002, p. 9-10.

<sup>159</sup> Zie r.o. 3.5 van het arrest van de Hoge Raad.

<sup>160</sup> Zie hiervoor r.o. 3.7.

<sup>161</sup> Het HvJEG verwees overigens zelf naar zijn arresten van 18 maart 1986, Spijkers, 24/85, Jurispr. blz. 1119, NJ 1987, 502 en 11 maart 1997, Süzen, C-13/95, Jurispr. blz. I-1259, NJ 1998, 377. In het Spijkers-arrest formuleerde het HvJEG een gezichtspunten-catalogus. Het hof overwoog dat om te kunnen spreken van een overgang van onderneming sprake moet zijn van behoud van de identiteit van de onderneming. Volgens het HvJEG kan daarvan alleen sprake zijn indien een lopend bedrijf is overgegaan. Om vast te stellen of daarvan sprake is moet rekening worden gehouden met een aantal door het HvJEG genoemde gezichtspunten, te weten (1) de aard van de betrokken onderneming, (2) of materiële activa zijn overgedragen, (3) wat de waarde van de immateriële activa is, (4) of vrijwel al het personeel door de verkrijger is overgenomen, (5) of de klantenkring is overgedragen, (6) in welke mate de



In een ander arrest, eveneens van 10 december 2004,<sup>162</sup> heeft de Hoge Raad voor wat betreft de beoordeling van de relevante factoren een belangrijke aanvulling gegeven. In navolging van het Sodexho-arrest van het HvJEG en in lijn met het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad, oordeelde hij dat, om vast te stellen of aan de voorwaarden voor een overgang van een entiteit is voldaan, rekening moet worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken. Hieraan heeft de Hoge Raad in het onderhavige arrest toegevoegd, dat daarbij dient te worden bedacht dat die kenmerkende omstandigheden slechts deelaspecten zijn van het te verrichten globale onderzoek en daarom niet elk afzonderlijk mogen worden beoordeeld. De verschillende relevante factoren dienen, met andere woorden, in onderling verband en samenhang in de beoordeling te worden betrokken. Die totale beoordeling dient dan te leiden tot het antwoord op de vraag of sprake is van overgang van onderneming.

### 3.2.3.9 Uitleg

Ook bij uitlegperikelen komen de omstandigheden van het geval met enige regelmaat om de hoek kijken. Dat is onder andere het geval in het arrest van de Hoge Raad van 20 februari 2004 (nummer 22), dat gaat over de uitleg van een pensioenreglement. Het cassatiemiddel voerde aan dat de rechtbank had miskend:

‘dat zij niet alleen op de bewoordingen van de betrokken bepalingen diende te letten, maar tevens aandacht moest besteden aan alle omstandigheden van het geval, met uitzondering van de niet-kenbare bedoeling van degenen die de betrokken bepaling hebben geredigeerd. Derhalve had de rechtbank mede acht moeten slaan op de ratio van de onderhavige regeling, de redelijkheid van (de uitkomst van) de uitleg die het pensioenfonds voorstaat en de mate waarin die uitleg past binnen het systeem van het pensioenreglement (...) als geheel.’

---

ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen en (7) of die activiteiten zijn onderbroken en zo ja, hoelang die onderbreking heeft geduurd. Verschillende van deze factoren lezen we terug in het Sodexho-arrest (EHvJ 20 november 2003, NJ 2004, 265 en JAR 2003/298). Zie over de weging van de gezichtspunten uit het Spijkers-arrest Beltzer, 2005, p. 46 e.v. Zie ook Loonstra & Zondag 2010, p. 288. Ik wijs voorts op Beltzer 2008a, p. 31, waar is geschreven dat het toekennen van gewicht aan de verschillende Spijkers-factoren een subjectieve aangelegenheid is.

<sup>162</sup> JAR 2005/14.

Ten aanzien van dit middel oordeelde de Hoge Raad:

‘Uit hetgeen hiervoor (...) is opgemerkt, volgt dat de rechtbank, die met haar oordeel dat ‘de grammaticale uitleg voorop dient te staan’, mede gezien haar daarop volgende overwegingen, klaarblijkelijk heeft bedoeld dat de onderhavige uitleg dient plaats te vinden aan de hand van de taalkundige betekenis van de desbetreffende bepaling, is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting omdat bij toepassing van de CAO-norm<sup>163</sup> op een geval als het onderhavige, mede de door het middel aangehaalde gezichtspunten van belang kunnen zijn en door de rechter in zijn motivering moeten worden betrokken.’

Daarmee heeft de Hoge Raad aangegeven dat de in het cassatiemiddel genoemde gezichtspunten van belang kunnen zijn bij de uitleg van (hier) een pensioenreglement. De Hoge Raad heeft de gezichtspunten weliswaar niet zelf met zoveel woorden genoemd, maar door de verwijzing naar het cassatiemiddel wel tot de zijne gemaakt.

In het arrest van 9 juli 2004<sup>164</sup> borduurde de Hoge Raad voort op voornoemde uitspraak. Hij overwoog namelijk dat in het arrest van 20 februari 2004 is geoordeeld dat tussen de Haviltex-norm<sup>165</sup> en de CAO-norm geen tegenstelling bestaat, maar een vloeiende overgang. Ten aanzien van de toepassing van de Haviltex-norm voegde de Hoge Raad toe dat, indien de inhoud van een overeenkomst schriftelijk is vastgelegd, de argumenten voor een uitleg van dat geschrift naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen naarmate de typerende – in het arrest nader aangeduide – omstandigheden van het geval zo’n uitleg meer verlangen. Hiermee wordt gerefereerd aan de in het eerdere arrest bedoelde gezichtspunten.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> In zijn arresten van 17 september 1993, NJ 1994, 173 en 24 september 1993, NJ 1994, 174, heeft de Hoge Raad ten aanzien van de uitleg van de bepalingen van een CAO een van de Haviltex-formule afwijkende norm aanvaard. Die uitleg wordt ook wel de CAO-norm genoemd en houdt in dat voor die uitleg de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 20 februari 2004 (uitspraak 22).

<sup>164</sup> JAR 2004/189.

<sup>165</sup> Zie daarover arrest nummer 2 in paragraaf 2.3.1.

<sup>166</sup> Voor een andere verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 20 februari 2004 wijs ik nog op HR 1 oktober 2004, JAR 2004/257. Dat bij de uitleg van hetgeen tussen partijen is overeengekomen alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen, volgt ook uit HR 23 april 2010, JAR 2010/127.

### 3.2.3.10 Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW

Ook in het kader van de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:658 BW spelen de omstandigheden van het geval en daaraan gekoppelde gezichtspunten een rol van betekenis. Dat is niet alleen het geval bij de vraag of de werkgever al dan niet in zijn uit lid 1 van dit artikel voortvloeiende zorgplicht tekort is geschoten, maar ook bij de verjaring van op dit artikel (voorheen art. 7A:1638x (oud) BW) gebaseerde vorderingen.

Wat dat laatste betreft, is het arrest van de Hoge Raad van 28 april 2000 (nummer 23) van groot belang. Dit is direct ook een zeer interessant arrest binnen de gezichtspuntenrechtspraak van de Hoge Raad, aangezien het tot op heden het enige arrest is met een geheel imperatieve lijst met relevante factoren.<sup>167</sup> In de zaak die tot dit arrest leidde was de werknemer, Van Hese, van 16 maart 1959 tot en met 7 juni 1963 in dienst geweest van De Schelde, een te Vlissingen gevestigde scheepsbouwer. Bij het verrichten van zijn werkzaamheden is Van Hese blootgesteld aan asbeststof. In 1996 is bij hem de ziekte mesotheliom vastgesteld, een vorm van kanker die maar één oorzaak kent, te weten het inademen van asbeststof. Op 29 oktober 1996 heeft Van Hese De Schelde aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade. De vraag die in deze procedure speelde was of De Schelde een beroep toekwam op het verstrijken van de (absolute) verjaringstermijn van (destijds) art. 3:310 lid 2 BW. Tussen de laatste (werk)dag waarop Van Hese bij De Schelde aan asbest kon zijn blootgesteld en de dag waarop de asbestziekte mesotheliom bij hem werd gediagnosticeerd waren namelijk meer dan 30 jaren gelegen.

Ten aanzien van het beroep op verjaring overwoog de Hoge Raad allereerst dat de 30-jaarstermijn een objectief en in beginsel absoluut karakter heeft, hetgeen wil zeggen dat, hoezeer dit ook moeilijk te aanvaarden is uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van degene die schade heeft geleden, het beginsel van rechtszekerheid dat deze termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij – waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten – meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden. Dat betekent evenwel niet, zo overwoog de Hoge Raad verder, dat deze termijn nooit op grond van de redelijkheid en billijkheid (ex art. 6:2 lid 2 BW) buiten toepassing zou kunnen blijven. Dat zal slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen worden aangenomen. De Hoge Raad oordeelde dat zo'n uitzonderlijk geval zich kan voordoen wanneer onzeker is of de gebeurtenis die

---

<sup>167</sup> Zie daarover paragraaf 2.4.1.2.

de schade kan veroorzaken inderdaad tot de schade zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken.

Ten aanzien van het beroep van De Schelde op het verstrijken van de verjaringstermijn van 30 jaar, overwoog de Hoge Raad:

‘Of in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen:

- (a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;
- (b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;
- (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- (d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
- (e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
- (f) of de aansprakelijkheid nog door verzekering is gedekt;
- (g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.’<sup>168</sup>

In zijn arrest van 26 november 2004 (nummer 24) heeft de Hoge Raad nader invulling gegeven aan de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde, in het bijzonder ten aanzien van het gezichtspunt onder sub e. De Hoge Raad oordeelde dat tegen de strekking van de verjaringstermijn van 30 jaar, zoals hierboven is beschreven, gezichtspunt e aldus moet worden verstaan, dat het zeer in het algemeen de vraag aan de orde stelt of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren en

---

<sup>168</sup> In HR 20 oktober 2000, JAR 2000/237, is dit oordeel, onder verwijzing naar het arrest Van Hese/De Schelde, herhaald, evenwel zonder de lijst met gezichtspunten uitdrukkelijk te noemen.

dat daarbij niet van belang is door welke oorzaken bewijsmateriaal verloren is gegaan en of dit aan de aangesprokene valt te verwijten.

Ik merk op dat art. 3:310 BW inmiddels is gewijzigd. In een (nieuw) vijfde lid is bepaald dat, in afwijking van de leden 1 en 2, een rechtsvordering tot vergoeding van schade door letsel of overlijden slechts verjaart door verloop van vijf jaren nadat de gelaedeerde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden. Dat betekent dat, in het geval van mesothelioom, het slachtoffer na het ontdekken van deze ziekte nog vijf jaar heeft om zijn (voormalig) werkgever aansprakelijk te stellen. Deze (nieuwe) regeling, die de absolute verjaringstermijn voor personenschade heeft afgeschaft, geldt voor schade die is veroorzaakt op of na 1 februari 2004, de dag waarop de Wet verjaring personenschade in werking is getreden.<sup>169</sup> Dat betekent dat de ‘oude’ verjaringsregeling en daarmee de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde voorlopig nog van belang zullen blijven.<sup>170</sup>

We komen toe aan de (inhoudelijke) beoordeling van de vraag of de werkgever al dan niet in de op hem rustende zorgplicht ex art. 7:658 lid 1 BW tekort is geschoten. In dat verband heeft de Hoge Raad meermalen vooropgesteld, onder meer in het arrest van 9 juli 2004,<sup>171</sup> dat het van de omstandigheden van het geval afhangt welke veiligheidsmaatregelen van de werkgever moeten worden verwacht en dus ook op welke manier en hoe veelvuldig hij de werknemer moet instrueren en op de naleving moet toezien.

Een interessant arrest is voorts de uitspraak van de Hoge Raad van 11 november 2005 in de zaak Bayar/Wijnen (nummer 25). In dit arrest zijn de Kelderluik-criteria, die één van de oudste en inmiddels wellicht bekendste en meest toegepaste gezichtspuntencatalogi vormen, bij de toetsing ex art. 7:658 BW ingebracht. In deze zaak ging het om de vraag of de werkgever aansprakelijk kon worden gehouden voor de (letsel)schade die de werknemer had opgelopen, doordat zijn vingertoppen onder een pers van een machine terecht waren gekomen, nadat hij een storing in de machine had willen verhelpen.

Bij de beoordeling van die vraag stelde de Hoge Raad voorop dat wat van de werkgever (in het kader van de op hem rustende zorgplicht) mag worden

---

<sup>169</sup> Zie hierover Smeehuijzen 2006, p. 15.

<sup>170</sup> Zie verder over dit arrest en de uitwerking van de afzonderlijke gezichtspunten hoofdstuk 5.

<sup>171</sup> JAR 2004/190.

verwacht, afhangt van de omstandigheden van het geval.<sup>172</sup> In geval van een gevaarlijke machine, waarvan in deze zaak sprake was, geldt, aldus de Hoge Raad, dat het waarschuwen voor gevaren bij de bediening van die machine door middel van mondelinge of schriftelijke instructies en het aanbrengen van waarschuwingsstickers niet steeds voldoende zal zijn. De werkgever dient immers rekening te houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met een machine de gebruiker ervan licht ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraten is, ook al wordt het gevaar de gebruiker door instructies en waarschuwingen ingescherpt. De Hoge Raad overwoog voorts:

‘Van de werkgever moet dan ook worden verwacht dat hij onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel of een veiliger werking van de machine mogelijk is, en, zo dat niet het geval is, of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd. In dat kader is van belang (1) met welke mate van waarschijnlijkheid de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, (2) de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, (3) de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en (4) de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen. (...) Wanneer blijkt dat effectievere maatregelen ter voorkoming van een ongeval zoals dit zich heeft voorgedaan, mogelijk waren, dan moet worden onderzocht waarom niettemin het aanbrengen van deze voorziening destijds niet van de werkgever kon worden gevergd, waarbij naast de hiervoor genoemde factoren van belang is (5) in hoeverre het treffen van een dergelijke veiligheidsmaatregel reeds voordat een ongeval zich had voorgedaan voor de werkgever of voor de deskundigen waarover hij in zijn bedrijf beschikt voor de hand lag.’<sup>173</sup>

Met betrekking tot de waardering van enkele van de genoemde factoren heeft de Hoge Raad nog een aanwijzing gegeven, daar waar hij oordeelde dat bij de beantwoording van de vraag of de werkgever heeft gedaan wat redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht, van belang kan zijn of de werkgever de specifieke gedragingen van de werknemer die tot het ongeval hebben geleid, met inachtneming van het hiervoor genoemde ervaringsfeit, redelijkerwijs heeft moeten voorzien, maar van doorslaggevende betekenis is dit niet, omdat onoplettendheid bij het bedienen van een gevaarlijke machine veelal op

---

<sup>172</sup> Ik wijs hiervoor ook op HR 20 januari 2006, JAR 2006/50, HR 27 april 2007, JAR 2007/128, HR 8 februari 2008, JAR 2008/73 en meer recent HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721.

<sup>173</sup> Ten aanzien van deze laatste factor is verwezen naar HR 14 april 1978, NJ 1979, 245.

verschillende wijzen tot een ongeval kan leiden en voor aansprakelijkheid van de werkgever niet vereist is dat hij juist die gedraging heeft (kunnen) voorzien die tot het ongeval heeft geleid.<sup>174</sup>

De omstandigheden van het geval spelen in het kader van de zorgplicht van de werkgever ook een rol wanneer de werknemer voor een klus ‘op pad wordt gestuurd’. Ik wijs in dit verband op de arresten van 16 mei 2003 en 12 september 2003,<sup>175</sup> waarin de Hoge Raad oordeelde dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of de in art. 7:658 lid 1 BW bedoelde zorgplicht meebrengt dat een werkgever die een werknemer naar een karwei wil sturen om daar werkzaamheden te verrichten vooraf een inventarisatie van de aan die werkzaamheden verbonden veiligheidsrisico's dient te verrichten, onderscheidenlijk dat de werkgever een interne regeling dient te hebben die ertoe strekt de werknemers duidelijk te maken op welke wijze bij een dergelijk karwei onveilige situaties vermeden kunnen en moeten worden en op welke wijze veiligheidsrisico's moeten worden bepaald.

Daar waar het de aansprakelijkheid van de werkgever in verband met het werken met asbest betreft, wijs ik nog op het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 2006 (nummer 26), waarin een aantal gezichtspunten is genoemd. De Hoge Raad oordeelde:

‘Het is op zichzelf weliswaar juist dat vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesproken werkgever behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm heeft te gelden met het oog op de gezondheid van zijn werknemers (en anderen) die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt. Maar het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke veiligheidsmaatregelen vanaf dat moment van die werkgever konden worden verwacht. In dat verband zijn mede van belang (1) de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en (2) de aard en ernst van die risico's.’<sup>176</sup>

<sup>174</sup> Zie over het arrest Bayar/Wijnen onder andere de annotatie van Van Boom onder JA 2006/11, Jansen & Loonstra 2006, p. 101 e.v., Lindenbergh 2009, p. 54 e.v., Waterman 2009, p. 113 e.v. en Quist 2010a, met name p. 18 e.v.

<sup>175</sup> JAR 2003/147 respectievelijk JAR 2003/242.

<sup>176</sup> De Hoge Raad verwijst naar HR 17 december 2004, JAR 2005/32. In die zaak werd evenwel niet de werkgever, maar een derde tot schadevergoeding aangesproken.

De Hoge Raad voegde aan dit oordeel nog toe dat het enkele feit dat tijdens het dienstverband van de werknemer bekend was, ook bij niet asbestverwerkende bedrijven, dat asbeststof gevaar voor asbestose opleverde, niet het oordeel (van de rechtbank) kan dragen dat de werkgever gehouden was veiligheidsmaatregelen te treffen om zijn werknemers tegen dat gevaar te beschermen, ongeacht de duur en intensiteit van die blootstelling. Deze overweging past geheel in het uitgangspunt dat niet één factor beslissend is, maar dat dient te worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval.

Ook de vraag of de omgeving waarin de werknemer zijn werkzaamheden moet verrichten voldoet aan de daaraan te stellen eisen, moet met inachtneming van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld. In het arrest van 23 juni 2006<sup>177</sup>, waarin een werknemer van een hotel op Aruba na een regenbui was uitgegleden op een vloer van het hotel, oordeelde de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of een vloer als de onderhavige aan alle eisen voldoet die redelijkerwijs daaraan zijn te stellen om te voorkomen dat een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en eventueel door de overheid gegeven veiligheidsvoorschriften.

Ook het door de werkgever uit te oefenen toezicht (waaronder de wijze waarop en de frequentie waarmee dat wordt uitgeoefend) moet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden ingevuld. Bij arrest van 11 april 2008<sup>178</sup> overwoog de Hoge Raad immers dat art. 7:658 lid 1 BW een hoog veiligheidsniveau vereist van de betrokken werkruimte, werktuigen en gereedschappen, alsmede van de organisatie van de betrokken werkzaamheden. Bovendien dient de werkgever, aldus nog steeds de Hoge Raad, het op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht te houden op behoorlijke naleving van de door hem gegeven instructies en op behoorlijk onderhoud van werkruimten en materialen.<sup>179</sup>

Een ander relevant arrest betreft de uitspraak van de Hoge Raad van 23 maart 2012 (nummer 27).<sup>180</sup> In dit arrest was de vraag aan de orde of een ZZP'er kon vallen onder het (beschermings)bereik van art. 7:658 lid 4 BW. De Hoge Raad oordeelde te dien aanzien dat uit de parlementaire geschiedenis als de bedoeling van de wetgever kan worden afgeleid dat dit artikel ertoe strekt bescherming te bieden aan personen, die zich, wat betreft de door de werkgever in acht te nemen

---

<sup>177</sup> JAR 2006/174.

<sup>178</sup> JAR 2008/146.

<sup>179</sup> Zie daarover ook HR 11 november 2011, JAR 2011/315, m.nt. B. Barentsen.

<sup>180</sup> Zie over deze uitspraak onder andere Loonstra 2012.



zorgverplichtingen, in een met een werknemer vergelijkbare positie bevinden. Dit brengt mee dat art. 7:658 lid 4 BW zich voor toepassing leent indien de persoon die buiten dienstbetrekking werkzaamheden verricht, voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van degene voor wie hij die werkzaamheden verricht. Of dit het geval is, zo oordeelde de Hoge Raad, zal aan de hand van alle omstandigheden van het geval moeten worden bepaald, waarbij onder meer van belang zijn (1) de feitelijke verhouding tussen betrokkenen en (2) de aard van de verrichte werkzaamheden, alsmede (3) de mate waarin de ‘werkgever’, al dan niet door middel van hulppersonen, invloed heeft op de werkomstandigheden van degene die de werkzaamheden verricht en op de daarmee verband houdende risico’s.<sup>181</sup>

Verderop in het arrest overwoog de Hoge Raad dat moet worden aangenomen dat de reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW niet beperkt is tot de werkzaamheden die tot het wezen van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de desbetreffende opdrachtgever kunnen worden gerekend of normaal gesproken in het verlengde daarvan liggen. Mede gelet op het beschermingskarakter van voornoemd artikel kunnen daaronder ook andere werkzaamheden vallen, waarbij bepalend is of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever invulling aan zijn beroep of bedrijf pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren. Ook dat zal, aldus de Hoge Raad, aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.<sup>182</sup>

### 3.2.3.11 Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:611 BW

In sommige gevallen kan de aansprakelijkheid van de werkgever niet op art. 7:658 BW worden gebaseerd, maar biedt art. 7:611 BW, het goed werkgeverschap, uitkomst. Dat is bijvoorbeeld het geval voor werknemers van wie de werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een

<sup>181</sup> Zondag heeft er in zijn noot onder JAR 2012/110 op gewezen dat de Hoge Raad zijn kruit voor wat betreft de verdere inkleuring van de genoemde gezichtspunten nog aardig droog heeft gehouden. Zondag is nader ingegaan op de drie met zoveel woorden genoemde relevante factoren.

<sup>182</sup> De Hoge Raad heeft het arrest van het Hof Amsterdam, waartegen het cassatieberoep zich richtte, vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het Hof Den Bosch, dat op 16 april 2013 arrest heeft gewezen (ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300). Het Hof Den Bosch heeft zowel de vraag of de werkzaamheden in de uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever hebben plaatsgevonden, als de vraag of de opdrachtnemer voor zijn veiligheid mede afhankelijk was van de opdrachtgever, bevestigend beantwoord. De betrokken ZZP’er viel in deze zaak dus onder het bereik van art. 7:658 lid 4 BW.

motorrijtuig betrokken raken bij een verkeersongeval.<sup>183</sup> De Hoge Raad oordeelde, in zijn arresten van 1 februari 2008<sup>184</sup> (nummer 28 en 29), dat de aan het gemotoriseerde verkeer verbonden, door velen met grote regelmaat gelopen, risico's van ongevallen mettertijd tot een goede verzekerbaarheid van deze risico's tegen aanvaardbare premies hebben geleid. De werkgever is, zo vervolgde de Hoge Raad, uit hoofde van zijn verplichting zich als goed werkgever te gedragen, gehouden zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering voor de hiervoor bedoelde werknemers.<sup>185</sup> En verder:

‘De omvang van deze verplichting zal van geval tot geval nader vastgesteld moeten worden met inachtneming van alle omstandigheden, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan (1) de in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden – waarbij mede van belang is (2) of verzekering kan worden verkregen tegen een premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd – en (3) de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen. De verzekering behoeft in elk geval geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.’<sup>186</sup>

<sup>183</sup> In zo'n geval kan de aansprakelijkheid van de werkgever in beginsel niet op art. 7:658 BW worden gebaseerd, omdat de zeggenschap over de auto bij de werknemer berust en niet bij de werkgever, zodat een aan de werknemer overkomen ongeval zich buiten de invloedssfeer van de werkgever zal voordoen. Vgl. HR 1 februari 2008, JAR 2008/56. De zorgplicht van de werkgever houdt namelijk nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid de werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden. Vgl. HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534, HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235, HR 30 november 2007, NJ 2009, 329 en HR 12 december 2008, NJ 2009, 332.

<sup>184</sup> Zie over deze problematiek ook al HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 en HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235. Voor een bespreking van de ‘1 februari-arresten’ wijs ik op Loonstra & Hoogendijk 2008, Lindenbergh 2008, p. 735 e.v., Kruit & Trouwborst 2009, p. 56 e.v. en Carstens 2008, p. 177. In het arrest Maasman/Akzo van 1 februari 2008 (JAR 2008/56) heeft het Hof Den Bosch op 20 september 2011 na verwijzing arrest gewezen. Het hof oordeelde, kort gezegd, dat ten tijde van het aan Maasman overkomen verkeersongeval (30 september 1996) van ‘goede verzekerbaarheid’ nog geen sprake was, zodat Akzo niet op grond van art. 7:611 BW jegens Maasman aansprakelijk was. Het arrest is gepubliceerd in JAR 2011/313. Ook in 1999 was, aldus het Hof Den Bosch, een SVI nog moeilijk te verkrijgen. Zie daarvoor Hof Den Bosch 28 september 2010, JAR 2010/289.

<sup>185</sup> Zie met betrekking tot de vraag wat een ‘behoorlijke verzekering’ is Van Boom, Van Kooten & Schneider 2008, p. 43 e.v.

<sup>186</sup> De Hoge Raad herhaalde dit in HR 12 december 2008 (uitspraak 30) en HR 19 december 2008, JAR 2009/17.

In het tweede arrest van 1 februari 2008 oordeelde de Hoge Raad nog dat het enkele feit dat de door de werkgever afgesloten verzekering voldeed aan de door de geldende CAO gestelde eisen, onvoldoende is. Dit oordeel is een logische consequentie van het uitgangspunt dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van een behoorlijke verzekering alle omstandigheden van het geval in ogenschouw moeten worden genomen.

De hierboven genoemde verzekeringsplicht geldt voor werk-werkverkeer en niet voor woon-werkverkeer.<sup>187</sup> Uiteraard kan discussie ontstaan over de vraag welke categorie aan de orde is, indien de werknemer op een bepaald moment betrokken is geraakt bij een verkeersongeval. Daarentoeg overwoog de Hoge Raad in het arrest van 19 december 2008,<sup>188</sup> dat in het geval de werknemer zich van zijn woning begeeft naar de plaats waar hij zijn werkzaamheden dient uit te oefenen en omgekeerd ('woon-werkverkeer'), dit in beginsel moet worden geacht plaats te vinden in de privésfeer van de werknemer, zodat de schade die de werknemer tijdens dat vervoer lijdt niet wordt geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Blijkens de uitspraak van de Hoge Raad is een uitzondering op deze vuistregel mogelijk indien op grond van bijzondere omstandigheden dat vervoer op één lijn te stellen is met vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden. Of daarvan sprake is dient de feitenrechter te bepalen. De Hoge Raad heeft geen factoren geformuleerd die in dat kader van belang zouden kunnen zijn. Wel heeft de Hoge Raad nog aangetekend dat ter voorkoming van afbakeningsproblemen tussen verkeer dat wel en dat niet moet worden beschouwd als woon-werkverkeer, vervoer van de werknemer dat met het oog op het verrichten van de opgedragen werkzaamheden plaatsvindt tussen verschillende arbeidsplaatsen, zoals tussen verschillende vestigingen van de werkgever, in beginsel (ook hier een vuistregel)<sup>189</sup> heeft te gelden als vervoer dat plaatsvindt krachtens verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden.<sup>190</sup>

---

<sup>187</sup> Zie voor rechtspraak over de vraag of de verzekeringsplicht ook dient te gelden voor fietsers en voetgangers HR 12 december 2008, JAR 2009/15 en HR 11 november 2011, JAR 2011/316, m.nt. M.S.A. Vegter. Vgl. voor dit laatste arrest ook de annotatie van Hartlief onder NJ 2011, 597. Over dit onderwerp ook Houweling 2008, p. 2-5, Vegter 2009, p. 22-23 en Koopman 2009, p. 8 e.v.

<sup>188</sup> JAR 2009/17.

<sup>189</sup> Waarover ook Duk 2009b, p. 24.

<sup>190</sup> Zie met betrekking tot het onderscheid woon-werkverkeer en werk-werkverkeer Loonstra 2009.

Ook buiten de verkeersrisico's om wordt de door de werknemer gestelde aansprakelijkheid van de werkgever met enige regelmaat gebaseerd op art. 7:611 BW. In dat verband is binnen het kader van de 'omstandigheden van het geval'-rechtspraak het arrest van 17 april 2009<sup>191</sup> relevant, waarin het ging om schade van een werknemer opgelopen tijdens een door de werkgever georganiseerde workshop 'dansen op rollerskates'. Te dien aanzien overwoog de Hoge Raad dat de werkgever ook aansprakelijk kan zijn voor de schadelijke gevolgen van een aan een werknemer buiten de uitoefening van diens werkzaamheden overkomen ongeval, indien die schade (mede) is ontstaan doordat de werkgever, beoordeeld naar de bijzondere omstandigheden van het geval, zich niet overeenkomstig art. 7:611 BW heeft gedragen als een goed werkgever. Daarbij geldt, zo vervolgde de Hoge Raad, dat een werkgever die voor zijn personeel een activiteit organiseert of doet organiseren waaraan een bijzonder risico op schade verbonden is, uit hoofde van de eisen van goed werkgeverschap gehouden is de ter voorkoming van die schade redelijkerwijs van hem te verlangen zorg te betrachten.<sup>192</sup>

### **3.2.3.12 Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 6:170 BW**

Ook op grond van art. 6:170 BW kan de werkgever aansprakelijk worden gehouden. Niet door zijn werknemers, maar door derden die door toedoen van een werknemer schade hebben geleden. Wanneer een werknemer, kort gezegd, een werkgerelateerde onrechtmatige daad pleegt, is de werkgever (risico)aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade van een derde.<sup>193</sup> Ingevolge lid 1 van art. 6:170 BW is degene in wiens dienst de werknemer zijn taak vervult aansprakelijk voor de schade, aan een derde toegebracht door een fout<sup>194</sup> van de ondergeschikte, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst de werknemer stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsverhouding zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen. Er moet dus sprake zijn van een functioneel verband tussen de aan de werknemer opdragen taak en de schade.<sup>195</sup>

---

<sup>191</sup> JAR 2009/128, waarover Hartlief 2009, p. 646 e.v. en Lavrijssen 2009, p. 135 e.v.

<sup>192</sup> Voor andere gevallen waarin de aansprakelijkheid van de werkgever werd gebaseerd op art. 7:611 BW wijs ik onder andere op HR 18 maart 2005, JAR 2005/100 en HR 11 november 2011, JAR 2011/315, m.nt. B. Barentsen.

<sup>193</sup> De mogelijkheden om vervolgens regres op de werknemer te nemen, zijn blijkens art. 6:170 lid 3 BW (en de wijze waarop dit wordt uitgelegd) zeer beperkt.

<sup>194</sup> Dat wordt uitgelegd als een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW, aldus onder andere Spier 2009, nr. 87.

<sup>195</sup> Vgl. Spier 2009, nr. 90.

Deze problematiek speelde in het arrest van de Hoge Raad van 9 november 2007 (nummer 31).<sup>196</sup> Tijdens een personeelsfeest ontstond brand in een partycentrum (Groot Kievitsdal) doordat verschillende werknemers lampolie op de barbecue hadden gegoten. Door die brand ontstond zeer grote schade aan de gebouwen en inboedel van Groot Kievitsdal. Haar verzekeraars hebben voor een bedrag van ruim € 2.650.000,00 aan verzekeringspenningen uitgekeerd en hebben, nu zij in de rechten van hun verzekerde waren gesubrogeerd, de werkgever ex art. 6:170 BW aansprakelijk gesteld. De Hoge Raad oordeelde ten aanzien van deze vordering:

‘Ter beantwoording van de vraag of tussen de fout van de werknemer en de dienstbetrekking een zodanige functionele samenhang bestaat dat de werkgever voor de daarvoor veroorzaakte schade aansprakelijk is, moeten alle ter zake dienende omstandigheden van het geval in de beoordeling worden betrokken. In dat verband kunnen van belang zijn (1) het tijdstip waarop en (2) de plaats waar de desbetreffende gedraging is verricht, alsmede (3) de aard van die gedraging en (4) de eventueel door of ingevolge de dienstbetrekking voor het maken van de fout geschapen gelegenheid, dan wel (5) aan de werknemer ter beschikking staande middelen. Maar ook andere omstandigheden kunnen in dit verband van belang zijn.

Zo is weliswaar geen noodzakelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid ingevolge de onderhavige wetsbepaling dat aan degene die namens de werkgever zeggenschap had over de desbetreffende gedragingen, een verwijt valt te maken van de fout van de ondergeschikte, maar (6) indien de leidinggevende daarvan wél een verwijt valt te maken, is dat van belang bij de beoordeling van de onderhavige aansprakelijkheidsvraag. (...)

Voorts kan ook (7) de omstandigheid dat de werknemers en de werkgever(s), ten tijde dat en ter plaatse waar de schade door een of meer van de werknemers is veroorzaakt, als een zekere eenheid naar buiten traden, namelijk als behorend tot één bedrijf, in dit verband van belang zijn, ook al trad die “eenheid” op dat moment niet naar buiten in het kader van de uitoefening van dat bedrijf.’<sup>197</sup>

<sup>196</sup> Over dit arrest nader Lindenbergh 2008a, p. 358 e.v. en Tjong Tjin Tai 2008, p. 119 e.v. Zie voor een bespreking van deze zaak in feitelijke instanties De Vroe 2006, p. 9 e.v. Zie voor de eerste aanleg Rb. Utrecht 29 mei 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AE3451 en voor het hoger beroep van deze procedure Hof Amsterdam 21 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT9861.

<sup>197</sup> Het gaat hier aldus Vegter niet alleen om de meer traditionele gezichtspunten (plaats, tijdstip, aard van de gedragingen en (hulp)middelen van de werkgever), maar ook om andere omstandigheden, zoals een aan de werkgever te maken verwijt en het al dan niet naar buiten toe als eenheid optreden van het personeel. Vegter 2010, p. 17.

Dat aan de hand van alle ter zake dienende omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of tussen de fout van de betrokken werknemer en diens werk in dienstbetrekking een zodanig verband bestaat dat zijn werkgever aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade, is door de Hoge Raad bevestigd in zijn arrest van 30 oktober 2009.<sup>198</sup> In dit arrest heeft de Hoge Raad de hierboven genoemde gezichtspunten evenwel niet herhaald.

### **3.2.3.13 Wettelijke verhoging**

In paragraaf 3.2.3.5 is de matiging van de loonvordering die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst aan de orde geweest. Matiging speelt ook een rol bij de zogenoemde wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW.<sup>199</sup> Dit artikel regelt de verhoging die de werkgever verschuldigd is indien hij het aan de werknemer toekomende loon niet tijdig heeft voldaan. Ik laat de regeling zelf hier verder onbesproken.<sup>200</sup> In het kader van dit onderzoek is de laatste volzin van art. 7:625 lid 1 BW echter wel van belang. Die bepaalt dat de rechter de verhoging kan beperken tot zodanig bedrag als hem met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt. Ook hier vinden we in de tekst van de wet een verwijzing naar de omstandigheden van het geval.<sup>201</sup>

De omstandigheden van het geval keren terug in de rechtspraak van de Hoge Raad over dit onderwerp, om precies te zijn in het arrest van 3 mei 2002 (nummer 32). De Hoge Raad oordeelde in deze uitspraak dat de rechter bevoegd is de verhoging wegens vertraging in de uitbetaling van het loon te beperken tot zodanig bedrag als hem met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt.<sup>202</sup> De Hoge Raad vervolgde:

‘Tot deze omstandigheden behoort ook (1) de totale omvang van de toewijsbare vordering tot doorbetaling van het achterstallige loon, welke omvang mede wordt bepaald door eventueel door de rechter toegepaste matiging.’

---

<sup>198</sup> JAR 2009/288.

<sup>199</sup> Voorheen art. 7A:1638q (oud) BW.

<sup>200</sup> En verwijs naar Asser/Heerma van Voss 7-V\* 2008, nr. 110 en 111, Loonstra & Zondag 2010, p. 154 en Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 93-94 en Loonstra & Zondag 2011, art. 625, aant. C.5.1. Zie ook Beets & Verhulp 2008, p. 3 e.v. en IJdema & Broekhof 2009, p. 3 e.v.

<sup>201</sup> Waarover nader in paragraaf 3.2.1.

<sup>202</sup> Opvallend is dat de Hoge Raad anders dan de wetgever wel de toevoeging ‘van het geval’ aan de verwijzing naar de omstandigheden koppelt. Enige betekenis heeft dat naar mijn mening echter niet. Zie hiervoor ook paragraaf 3.2.1.

Naast alle overige omstandigheden van het geval, dient de lagere rechter bij het beoordelen van de vraag of de wettelijke verhoging dient te worden beperkt, dus ook acht te slaan op het aan de werknemer toe te wijzen bedrag. De matigingsbevoegdheid van de rechter, zoals besproken in paragraaf 3.2.3.5, kan van invloed zijn op de hoogte van dat bedrag. Over de vraag op welke wijze dit gezichtspunt moet worden toegepast laat de Hoge Raad zich echter niet uit. Immers, betoogd kan worden dat als de loonvordering an sich al behoorlijk wordt gematigd er geen aanleiding bestaat om ook de wettelijke verhoging aanzienlijk te beperken. Anderzijds zou de opvatting kunnen worden verdedigd dat een aanzienlijke matiging van de loonvordering juist ook een aanzienlijke beperking van de wettelijke verhoging rechtvaardigt. Het is aan de lagere rechter om één van deze opties te kiezen, waarbij het uiteraard op de weg van partijen ligt om de rechter zoveel als mogelijk de voor hen gunstige richting ‘op te sturen’.<sup>203</sup>

### **3.2.3.14 Wijziging arbeidsvoorwaarden**

Ten aanzien van de vraag of een werknemer moet ingaan op redelijke voorstellen tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden in verband met gewijzigde omstandigheden op het werk, kenden we reeds het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 1998 (Taxi Hofman).<sup>204</sup> De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat uit (thans) art. 7:611 BW blijkt dat de werkgever en de werknemer over en weer verplicht zijn zich als goed werkgever respectievelijk goed werknemer te gedragen. Dit brengt, wat de werknemer betreft, mee dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen<sup>205</sup> positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.

<sup>203</sup> Zie voor een overzicht van de wijze waarop kantonrechters invulling geven aan deze matigingsbevoegdheid Beets & Verhulp 2008, p. 5 en 6. Eerder deed Margadant een vergelijkbaar onderzoek: Margadant 2001, p. 17 e.v.

<sup>204</sup> JAR 1998/199. Zie over deze problematiek eerder HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248, m.nt. PZ (Roovers/De Toekomst), HR 8 november 1985, NJ 1986, 309, m.nt. PAS (Van Haaren/Cehave) en HR 13 december 1991, NJ 1992, 441 (Goldsteen/Roeland). In het arrest Roovers/De Toekomst oordeelde de Hoge Raad dat het antwoord op vraag of van de werkgever kan worden gevergd in te stemmen met het aanbod (van een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer) tot het verrichten van de bedongen arbeid voor het gedeelte waartoe de werknemer in staat is, zal afhangen van de omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud van het aanbod, de aard van de arbeid en de organisatie van het bedrijf. Zie voor een verdere bespreking van de hiervoor genoemde drie arresten Loonstra & Zondag 2010, p. 608 e.v.

<sup>205</sup> Waarmee een zogenoemde vuistregel tot uitdrukking wordt gebracht.

Dit oordeel werd bevestigd in het arrest van de Hoge Raad van 28 april 2000,<sup>206</sup> dat toevalligerwijs eveneens over een taxibedrijf gaat. Toch zijn de door de Hoge Raad gekozen bewoordingen iets afwijkend van die uit het arrest Taxi Hofman. De Hoge Raad oordeelde dat:

‘... werkgever en werknemer over en weer verplicht zijn zich als goed werkgever respectievelijk goed werknemer te gedragen, hetgeen meebrengt, wat de werknemer betreft, dat hij op redelijke voorstellen van de werkgever, verband houdende met gewijzigde omstandigheden op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer aanvaarding onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.’

Opvallend is dat de Hoge Raad in het arrest uit 2000 ten opzichte van het arrest Taxi Hofman de woorden ‘onder de gegeven omstandigheden’ heeft toegevoegd. Voor de vraag wat in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd komt dus belang toe aan de omstandigheden van het geval. Het ligt voor de hand dat dat ook al het geval was voordat het arrest van 28 april 2000 werd gewezen, nu de te maken beoordeling nauw met die omstandigheden is verbonden.

In het arrest van 11 juli 2008<sup>207</sup> (nummer 33) heeft de Hoge Raad de aan te leggen maatstaf gewijzigd, waarbij ook een set gezichtspunten is geformuleerd. De Hoge Raad overwoog:

‘Bij de beantwoording van de vraag tot welke gevolgen een wijziging van de omstandigheden voor een individuele arbeidsrelatie kan leiden, dient (...) in de eerste plaats te worden onderzocht of de werkgever daarin als goed werkgever aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, en of het door hem gedane voorstel redelijk is. In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder (1) de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en (2) de aard (3) en ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede (4) – naast het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming – (5) de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en (6) diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden. Nu de werknemer op deze wijze beschermd wordt tegen onredelijke voorstellen van de werkgever, en nu vervolgens nog dient te

---

<sup>206</sup> JAR 2000/120.

<sup>207</sup> Zie over dit arrest ook Alink 2008, p. 302 e.v., De Wolff 2008, p. 9 e.v., Loonstra 2008, Grapperhaus 2008, p. 12 e.v., alsmede De Laat 2009, p. 20-21.



worden onderzocht of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid van de werknemer kan worden gevegd, is het belang van de werknemer bij een ondanks de veranderde omstandigheden ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.<sup>208</sup>

De toetsing of, bij gebreke van een eenzijdig wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW, tot aanpassing van arbeidsvoorwaarden kan worden overgegaan, is op basis van dit arrest een drietrapsraket. In de eerste plaats moet worden onderzocht of er voor de werkgever, als goed werkgever, aanleiding bestaat tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Vervolgens dient te worden getoetst of het gedane voorstel van de werkgever redelijk is en pas daarna komt de vraag aan de orde of aanvaarding van dit (redelijke) voorstel in redelijkheid van de werknemer kan worden gevegd. De omstandigheden van het geval spelen, blijkens het arrest van de Hoge Raad, zowel bij de eerste als bij de tweede trede een rol.<sup>209</sup> Hierbij heeft de Hoge Raad een zestal gezichtspunten genoemd.<sup>210</sup>

<sup>208</sup> Beltzer heeft in dit verband geschreven dat de belangen van de werknemer, aldus de Hoge Raad, door deze ‘holistische’ weging voldoende worden beschermd. Hij schreef voorts dat de toetsing aan de hand van de omstandigheden van het geval de toets niet per se licht maakt, maar wel veelomvattend en flexibel. Beltzer 2008b, p. 5-7.

<sup>209</sup> Zie voor toepassing van dit criterium in de lagere rechtspraak onder meer: Hof Den Haag 19 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO6550, Pres.Rb. Haarlem 15 december 2010, JIN 2011/87, Ktr. Utrecht 2 februari 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP2283, Hof Arnhem 27 maart 2011, JIN 2011/252, Ktr. Utrecht 27 april 2011, JAR 2011/162, Ktr. Amsterdam 1 juni 2011, Prg. 2011/306, Ktr. Arnhem 15 juli 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BS1752, Ktr. Haarlem 17 augustus 2011, Prg. 2011/273, Ktr. Alkmaar 19 september 2011, Prg. 2011/304, Ktr. Utrecht 28 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV3046, Ktr. Amsterdam 23 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW2434, Ktr. Amersfoort 1 juni 2012, Prg. 2012/234, Ktr. Wageningen 20 juni 2012, Prg. 2012/211, Hof Den Bosch 10 juli 2012, Prg. 2012/238, Ktr. Groningen 9 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1095 en Ktr. Zutphen 27 maart 2013, JAR 2013/116, m.nt. M.P. Vogel.

<sup>210</sup> Waarvan overigens niet helder is op welke wijze deze een rol dienen te spelen in de oordeelsvorming van de lagere rechter. Zo is bijvoorbeeld onduidelijk op welke manier de positie van de betrokken werknemer een voorstel van de werkgever nu redelijk of juist onredelijk kan maken. Dient hier een onderscheid te worden gemaakt in lager en hoger personeel en is een voorstel ten aanzien van hoger in de organisatie van de werkgever geplaatste werknemers eerder redelijk? Of geldt juist het omgekeerde? Zie hierover ook Van Slooten 2008, p. 59. Voorts is onduidelijk in hoeverre de Hoge Raad met gezichtspunt 4 (het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming) nu één of twee factoren heeft willen noemen. Moet een onderscheid worden gemaakt tussen het belang van de werkgever enerzijds en het belang van de onderneming anderzijds? En zo ja, kan het dan ook zo zijn dat het belang van de

Ik wijs voorts op het arrest van de Hoge Raad van 12 februari 2010.<sup>211</sup> In deze uitspraak verwees de Hoge Raad naar zijn arrest van 28 mei 1999,<sup>212</sup> waarin werd geoordeeld dat een werkgever er slechts op mag vertrouwen dat een individuele werknemer met een wijzigingsvoorstel heeft ingestemd indien uit de verklaringen of gedragingen van die werknemer tijdens of na de vergadering, waarin het voorstel tot wijziging werd voorgelegd, ondubbelzinnig blijkt van aanvaarding van het voorstel. De Hoge Raad overwoog in 2010 dat uit het arrest uit 1999 niet kan worden afgeleid, dat bij de beantwoording van de vraag of de werknemer met de wijziging heeft ingestemd, niet alle omstandigheden van het geval in de beoordeling mogen worden betrokken, noch dat de rechter steeds met zoveel woorden moet vaststellen dat de instemming ondubbelzinnig is. Met deze dubbele ontkenning benadrukte de Hoge Raad dat voor de beoordeling van de vraag of de werknemer met een voorstel tot wijziging heeft ingestemd, alle omstandigheden van het geval van belang zijn.

### **3.2.3.15           Zorgplicht bij beëindiging vroegpensioen**

In dit verband is het arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013 (nummer 34) van belang. Daarin speelde dat de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid (Bpf Bouw) een vroegpensioen- en vut-regeling, waarin dga's tot dan toe verplicht waren deel te nemen, per 1 januari 2006 heeft afgeschaft. Hierdoor verloren de desbetreffende dga's die de pensioengerechtigde leeftijd nog niet hadden bereikt hun recht op een vut-uitkering en bovendien werden geen verdere pensioenrechten meer opgebouwd. Pas in maart 2006 werden de betrokkenen over de wijziging geïnformeerd, waarbij de mogelijkheid van vrijwillige deelname aan een (aanvullende) regeling werd genoemd. Deze regeling maakte vervroegde uittreding alsnog mogelijk. Daarvoor moest het aanmeldingsformulier wel vóór 1 mei 2006 worden geretourneerd.

De betrokken dga stelde zich op het standpunt dat hij de brief van het Bpf Bouw nimmer had ontvangen en startte een procedure, primair om hem alsnog tot de vrijwillige regeling toe te laten en subsidiair tot schadevergoeding. In cassatie ging het om de vraag naar de omvang van de op het bestuur van het pensioenfonds rustende zorgplicht.

Het hof had in de onderhavige zaak geoordeeld dat het Bpf Bouw de brief van maart 2006 niet had hoeven verzenden op een zodanige wijze dat de dga deze zeker zou ontvangen en niet behoefde te rappelleren toen de dga niet

---

werkgever bijdraagt aan het oordeel dat het gedane voorstel redelijk is en het belang van de onderneming juist een tegengestelde richting opwijst? Erg duidelijk wordt het niet.

<sup>211</sup> JAR 2010/71.

<sup>212</sup> NJ 1999, 509.

reageerde, omdat het pensioenfonds niet verplicht was een aanbod tot vrijwillige voortzetting te doen. Dat oordeel vond geen genade bij de Hoge Raad, die oordeelde dat, nu het aanbod was vervat in een brief die de eerdere regelingen beëindigde en daarmee rechtstreeks verband hield, de zorgplicht die op Bpf Bouw rustte ten aanzien van de kennisgeving van het aanbod niet los kan worden gezien van de zorgplicht ten aanzien van de kennisgeving van het vervallen van die eerdere regelingen. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat het antwoord op de vraag in hoeverre op Bpf Bouw een zodanige zorgplicht rustte, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waarbij ook van belang is welke voor Bpf Bouw kenbare persoonlijke en financiële belangen voor personen als de dga waren betrokken bij het tijdig treffen van een vervangende voorziening in geval van beëindiging van de bestaande vroegpensioen- en vut-regelingen. Ook in dit kader spelen, net als bij het ontslag op staande voet, de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene dus een rol van betekenis.

### **3.3 Nadere beschouwing van de arbeidsrechtelijke gezichtspunten(catalogi)**

Hierboven zijn de gezichtspunten genoemd die de Hoge Raad heeft geformuleerd in zijn arbeidsrechtelijke rechtspraak van na 1 januari 2000. In deze paragraaf zullen deze verschillende factoren nader tegen het licht worden gehouden, waarbij een parallel zal worden getrokken met paragraaf 2.4, waarin voorbeelden van niet-arbeidsrechtelijke gezichtspunten de revue passeerden. Ik zal dan ook dezelfde paragraafindeling aanhouden.

#### **3.3.1 Verschillende soorten gezichtspuntencatalogi**

##### **3.3.1.1 Geen limitatieve catalogi ...**

Ook uit de bestudering van de hierboven uitgewerkte gezichtspuntenarresten volgt dat deze zonder uitzondering niet-limitatief zijn. De lijsten met relevante factoren kunnen met andere feiten en omstandigheden worden aangevuld. Dat volgt in de eerste plaats uit het gegeven dat vaak vooropgesteld wordt dat moet worden gekeken naar *alle* omstandigheden van het geval. Daaruit vloeit voort dat in beginsel geen omstandigheden van de beoordeling kunnen worden uitgesloten.

Het niet-limitatieve karakter van gezichtspuntencatalogi kan vaak ook worden afgeleid uit de gekozen woorden tussen de overweging dat alle omstandigheden van het geval van belang zijn en de opsomming van de gezichtspunten. Ik wijs op de woorden ‘onder meer’ in arrest nummer 27, ‘waaronder’ in arrest nummer 3 en ‘zoals’ in de nummers 4 en 20. Uit dergelijke

bewoordingen blijkt dat de Hoge Raad voorbeelden noemt van mogelijk relevante omstandigheden, waarbij niet is uitgesloten dat ook andere feiten en omstandigheden van belang kunnen zijn.

In arrest nummer 31, dat gaat over de aansprakelijkheid ex art. 6:170 BW, heeft de Hoge Raad wel heel erg willen benadrukken dat het om een niet-limitatieve lijst gaat. Waar de Hoge Raad al overwoog dat alle ter zake dienende omstandigheden in de beoordeling moeten worden betrokken, hetgeen er al op wijst dat geen factoren op voorhand worden uitgesloten, overwoog hij na het noemen van de gezichtspunten, dat ook andere omstandigheden van belang kunnen zijn. Deze laatste overweging lijkt strikt genomen niet noodzakelijk (en ben ik in andere arresten ook niet tegengekomen), maar er is geen twijfel over mogelijk dat de gezichtspuntencatalogus uit het arrest van 9 november 2007 niet limitatief bedoeld is.

Als uitgangspunt heeft dus te gelden dat op voorhand geen gezichtspunten worden uitgesloten. Toch heeft de Hoge Raad in meerdere arbeidsrechtelijke arresten geoordeeld dat toch een beperking van de mogelijk relevante factoren moet worden aangenomen. In verschillende arresten, waarin een aan de werknemer toekomende vergoeding (bij kennelijk onredelijk ontslag en ontbinding van de arbeidsovereenkomst) moest worden vastgesteld, heeft de Hoge Raad temporele beperkingen opgelegd, waarmee ik wil zeggen dat de mogelijk relevante feiten en omstandigheden in de tijd beperkt zijn.

In zijn arrest van 8 april 2011 overwoog de Hoge Raad dat de vraag of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden zoals deze zich niet later dan op het ingangsmoment van het ontslag voordeden. Nadien intredende omstandigheden kunnen niet in de beschouwing worden betrokken, tenzij zij aanwijzingen opleveren voor wat niet later dan op het tijdstip van de ingang van het ontslag kan worden verwacht. Eenzelfde beperking geldt bij het vaststellen van de aan de werknemer toekomende schadevergoeding, nadat de opzegging kennelijk onredelijk is geoordeeld.

Bij het vaststellen van de ontbindingsvergoeding ex art. 7:685 lid 8 BW geldt, blijkens de beschikking van de Hoge Raad van 11 juli 2008, hetzelfde. Hierin overwoog de Hoge Raad dat in de hoogte van de vergoeding uitsluitend omstandigheden kunnen worden meegewogen die op de datum van de ontbindingsbeschikking bekend waren of bekend hadden kunnen zijn. Dat wil zeggen dat men (naderhand) niet moet aankomen met later optredende omstandigheden, die op de dag waarop de kantonrechter op het verzoek beschikte ook nog niet bekend konden zijn.

Een ander voorbeeld van een uitspraak waarin een bepaalde factor uitdrukkelijk door de Hoge Raad is uitgesloten, biedt het arrest van 13 september 2002, waarin matiging van de loonvordering van de werknemer aan de orde was. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat de (lange) duur van de procedure en de mate waarin dat aan de werknemer is toe te rekenen, in beginsel geen omstandigheden zijn die matiging van de vordering van de werknemer kunnen rechtvaardigen. ‘In beginsel’ zegt de Hoge Raad, waarmee hij een vuistregel heeft geformuleerd. Op een vuistregel zijn uitzonderingen mogelijk<sup>213</sup> en zo ook hier, aangezien de Hoge Raad toevoegde dat bijzondere omstandigheden kunnen maken dat matiging wel gerechtvaardigd is.

### 3.3.1.2 ... bijna geen imperatieve catalogi ...

In paragraaf 2.4.1.2 is uiteengezet dat de Hoge Raad tot op heden slechts één volledig imperatieve gezichtspuntencatalogus heeft gewezen. Dat betreft de in het arrest Van Hese/De Schelde (arrest nummer 23) geformuleerde lijst. Alle zeven in dat arrest genoemde factoren moeten door de lagere rechter in zijn beoordeling (van de vraag of het beroep van de tot schadevergoeding aangesproken (voormalig) werkgever op het verstrijken van de absolute verjaringstermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid is) worden betrokken. De Hoge Raad oordeelde namelijk dat de rechter er blijk van moet geven de genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken. Ook dit wil overigens niet zeggen dat er buiten deze catalogus om niet ook andere factoren van belang kunnen zijn, maar in hoofdstuk 5, waar het arrest Van Hese/De Schelde en met name de in dat arrest genoemde gezichtspunten nader aan de orde zullen komen, zal blijken dat er voor andere dan de uitdrukkelijk genoemde factoren weinig ruimte lijkt te bestaan.

Naast een volledig imperatieve lijst, kennen we ook catalogi die een *gedeeltelijk* imperatief karakter hebben. Dat wil zeggen dat uit de door de Hoge Raad gekozen bewoordingen volgt dat de (lagere) rechter een deel van de gezichtspunten sowieso<sup>214</sup> in zijn beoordeling moet betrekken. De andere genoemde factoren *kunnen* daarnaast nog van belang zijn. Arrest nummer 1 biedt hiervan een eerste voorbeeld. In dat arrest, dat gaat over gelijke behandeling, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het zogenoemde Agfa-criterium<sup>215</sup> in aanmerking dient te worden genomen, maar dat evenzeer rekening moet worden gehouden met de andere omstandigheden van het geval.

---

<sup>213</sup> Zie hierover paragraaf 2.2.2.

<sup>214</sup> Voor de procesrechtelijke haken en ogen verwijs ik naar hoofdstuk 4.

<sup>215</sup> Zie daarover paragraaf 3.2.3.1.

Wat er ook zij van die andere omstandigheden, het Agfa-criterium is een factor waarmee de rechter zonder meer rekening moet houden.

Ook bij ontslag op staande voet kennen we een catalogus met een gedeeltelijk imperatief karakter. Bij de vraag of sprake is van een dringende reden behoren namelijk, aldus arrest nummer 16, in de eerste plaats de aard en de ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt in de beschouwing te worden betrokken. Dat ligt ook voor de hand. De rechter zal namelijk geen oordeel kunnen geven over een verleend ontslag op staande voet zonder in te gaan op de aard en de ernst van de feiten die de werkgever de werknemer verwijt en welke feiten aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd.<sup>216</sup>

### **3.3.1.3 ... en soms verhulde catalogi**

Verhulde catalogi als bedoeld in paragraaf 2.4.1.3 ben ik op arbeidsrechtelijk vlak niet tegengekomen. In beginsel is wel duidelijk wanneer de Hoge Raad een gezichtspuntencatalogus beoogt te formuleren, nu in de regel een ‘aanloopje’ wordt genomen door eerst te verwijzen naar de omstandigheden van het geval.<sup>217</sup> Wel kunnen sommige gezichtspunten verhuld worden genoemd, aangezien de mogelijk relevante factoren bij sommige onderwerpen verspreid over verschillende uitspraken zijn genoemd. Er is dan sprake van, zo zou men kunnen zeggen, een versnipperde catalogus.

Dat is bijvoorbeeld aan de orde bij het bepalen van de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Uit paragraaf 3.2.3.2 blijkt dat de mogelijk relevante factoren niet in een keurig rijtje door de Hoge Raad zijn opgesomd, maar dat deze hun plek hebben gevonden in verschillende arresten van onze cassatierechter. Ook bij de matiging van loonvorderingen, waarover in paragraaf 3.2.3.5, is dit het geval.

---

<sup>216</sup> Voor andere voorbeelden van gedeeltelijk imperatieve catalogi wijs ik nog op het in paragraaf 3.3.4 opgenomen overzicht.

<sup>217</sup> De arbeidsrechtelijke uitspraken bieden overigens ook enkele voorbeelden van zaken waarin niet voorop werd gesteld dat de omstandigheden van het geval van belang zijn, waarna een opsomming van relevante factoren volgde, maar waarin juist een bepaald gezichtspunt eerst werd genoemd, waaraan vervolgens werd toegevoegd dat ook acht moet worden geslagen op de overige omstandigheden van het geval. Een omgekeerde formulering derhalve. Zie in dit verband bijvoorbeeld arrest nummer 1, waarin het zogenoemde Agfa-criterium voorop werd gesteld, maar waarna werd overwogen dat evenzeer rekening behoort te worden gehouden met de andere omstandigheden van het geval. Een ander voorbeeld biedt arrest nummer 11. Ook in deze uitspraak komen de omstandigheden van het geval op de tweede plaats.

### 3.3.2 In welke soort zaken worden gezichtspuntencatalogi geformuleerd?

Lijsten met relevante omstandigheden zijn voornamelijk, zo bleek eerder,<sup>218</sup> geformuleerd in zaken waarin de rechter een belangenafweging moet maken, zaken waarin een vage norm moet worden toegepast en zaken waarin het van belang is dat rechters (steeds) van dezelfde criteria uitgaan.<sup>219</sup> Hieronder zal worden beoordeeld in hoeverre ook de arbeidsrechtelijke catalogi in dit plaatje passen.

Allereerst de uitspraken waarin een door de rechter te maken belangenafweging aan de orde is. Daarvan is bijvoorbeeld sprake in arrest nummer 33, dat gaat over de wijziging van arbeidsvoorwaarden. Of gezegd kan worden dat de werkgever een redelijk voorstel tot wijziging heeft gedaan in verband met wijziging van de omstandigheden en zo ja, of aanvaarding van dat voorstel in redelijkheid van de werknemer kan worden gevergd, is in hoge mate afhankelijk van een afweging van de belangen van de werkgever enerzijds en die van de werknemer anderzijds. Niet voor niets hebben hun belangen een plek gekregen in de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogus; naast andere relevante factoren, moet ook rekening worden gehouden met het belang van de werkgever en de door hem gedreven onderneming (gezichtspunt 4) en het belang van de werknemer bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden (gezichtspunt 6).<sup>220</sup>

Ook in het kader van de toepassing van vage normen zijn gezichtspuntencatalogi ontwikkeld.<sup>221</sup> Dat is bijvoorbeeld het geval bij kennelijk onredelijk ontslag (paragraaf 3.2.3.2), overgang van onderneming (arrest nummer 21) en ontslag op staande voet (arrest nummer 16 en 19). In één van zijn kronieken van de arbeidsrechtelijke Hoge Raad-rechtspraak schreef Duk dat het op het gebied van het arbeidsovereenkomstenrecht veelal gaat om toepassing van vage normen – het goed werkgever- en werknemerschap, de dringende reden, de kennelijk onredelijke opzegging –, waarbij de rechter moet letten op

---

<sup>218</sup> Zie paragraaf 2.4.2.

<sup>219</sup> Niet is uitgesloten dat deze categorieën kunnen samenvallen.

<sup>220</sup> Ook uit de lagere rechtspraak komt naar voren dat het aankomt op een belangenafweging, die de ene keer uitvalt in het voordeel van de werknemer (vgl. Ktr. Utrecht 9 juni 2010, JAR 2010/225 en van ouder datum Ktr. Delft 1 maart 2007, JAR 2007/130), dan weer in het voordeel van de werkgever (vgl. Raad van Bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen 22 december 2008, JAR 2009/77 en Ktr. Utrecht 27 april 2011, JAR 2011/162).

<sup>221</sup> Zie ook Jansen & Loonstra 2012, p. 14.

alle omstandigheden van het geval, in onderling verband beschouwd.<sup>222</sup> Inderdaad biedt de hierboven besproken rechtspraak veel voorbeelden van gevallen waarin vage normen moeten worden toegepast, waaronder in de door Duk genoemde gevallen.

In paragraaf 2.3.1 viel op dat een aanzienlijk deel van de uitspraken betrekking had op het aansprakelijkheidsrecht. Ook in zaken waarin de aansprakelijkheid van de werknemer of de werkgever aan de orde is, spelen de omstandigheden van het geval en daaraan gekoppelde gezichtspunten een belangrijke rol. Ik wijs daarvoor naar de arresten met betrekking tot de artt. 7:658, 7:611 en 6:170 BW. Een mogelijke reden voor deze ontwikkeling is dat in het aansprakelijkheidsrecht al sinds lange tijd met gezichtspuntencatalogi wordt gewerkt, waarbij het Kelderluik-arrest uit 1965 uiteraard het belangrijkste voorbeeld is. Niet voor niets werden de in dit arrest geformuleerde gezichtspunten (de Kelderluik-criteria) door de Hoge Raad 'ingebracht' in de toetsing op grond van art. 7:658 BW (arrest nummer 25).

Net als de in paragraaf 2.3.1 behandelde rechtspraak, bieden ook de arbeidsrechtelijke arresten geen voorbeeld van een gezichtspuntencatalogus die speciaal is ontwikkeld ter voorkoming van tegenstrijdige uitspraken, althans niet dat dat ook uit het arrest blijkt. Wel wijs ik in dit verband op de arresten Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed.<sup>223</sup> In deze arresten, die gaan over kennelijk onredelijk ontslag, is de Hoge Raad ingegaan op het belang van eenheid van rechtspraak, met name in het licht van de voorspelbaarheid van de hoogte van de vergoeding in kennelijk onredelijk ontslag-zaken. De Hoge Raad overwoog dat de rechter zich steeds nauwkeurig rekenschap dient te geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen. De rechter dient daarvan in zijn beslissing ook verantwoording af te leggen op een zodanige wijze dat inzicht wordt gegeven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid. Dat komt, zo overwoog de Hoge Raad, de voorspelbaarheid van beslissingen over de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag ten goede, waarbij het denkbaar is dat de (lagere) rechter een zekere mate van harmonisatie tot stand brengt door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden. Hieruit volgt dat door de wijze waarop de rechter in zijn motivering ingaat op de verschillende, in de beoordeling betrokken, gezichtspunten, hij kan bijdragen aan de voorspelbaarheid van de uitkomst van

---

<sup>222</sup> Duk 2011, p. 20.

<sup>223</sup> Arrest nummer 3 respectievelijk nummer 4.



de procedure. Een gezichtspuntencatalogus heeft de Hoge Raad, ondanks deze opmerkingen, niet geformuleerd.

### 3.3.3 Welke formuleringen gebruikt de Hoge Raad?

In paragraaf 2.4.3 is in het kader van de beantwoording van deze vraag aansluiting gezocht bij het in Arbeidsrechtelijke Annotaties 2008/3 gepresenteerde overzicht van de door de Hoge Raad gebezigde bewoordingen in arresten waarin werd verwezen naar de omstandigheden van het geval.<sup>224</sup> Wanneer de gezichtspuntenrechtspraak van na deze publicatie wordt bekeken, is er weinig nieuws te melden. In het merendeel van deze nieuwe zaken heeft de Hoge Raad gekozen voor de woorden ‘de omstandigheden’ (arrest nummer 3), ‘alle omstandigheden’ (arrest nummer 4) en ‘alle omstandigheden van het geval’ (arrest nummer 5, 6 en 19). Afwijkend is arrest nummer 12, waarin is verwezen naar ‘alle bijzonderheden van het geval’.<sup>225</sup> Deze formulering kwam nog niet voor in het in paragraaf 2.4.3 gepresenteerde schema, zodat het aantal verschillende formuleringen uitkomt op niet minder dan 26.

Daar waar eerder uiteen werd gezet dat uit de bestudeerde arresten niet blijkt waarom de Hoge Raad in de verschillende arresten voor verschillende bewoordingen heeft gekozen, is daarvoor in arrest nummer 12 wel een aanwijzing te vinden. De Hoge Raad overwoog namelijk dat de rechter slechts bevoegd is om een vordering tot doorbetaling van loon, gegrond op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst, te matigen, indien toewijzing van die vordering in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. De Hoge Raad voegde hieraan toe dat de rechter bij zijn oordeel een mate van terughoudendheid moet betrachten die met deze maatstaf strookt en waarvan hij in zijn motivering ook moet doen blijken. Vanuit dit oogpunt kan wellicht worden verklaard dat de Hoge Raad niet heeft overwogen dat de rechter bij zijn beoordeling acht moet slaan op ‘alle omstandigheden van het geval’, maar juist op ‘alle bijzonderheden van het geval’. Daarmee wordt de lat hoger gelegd, hetgeen correspondeert met de overweging dat de rechter deze matigingsbevoegdheid terughoudend moet hanteren. Anders gezegd, het zijn niet zomaar omstandigheden van het geval die matiging kunnen rechtvaardigen; matiging is pas aan de orde indien er bijzonderheden zijn die maken dat matiging geïndiceerd is.

<sup>224</sup> Loonstra & Quist 2008, p. 8. In dit overzicht waren overigens niet alleen gezichtspuntenarresten opgenomen, maar ook arresten waarin de Hoge Raad naar de omstandigheden van het geval had verwezen, zonder daaraan een lijst met relevante factoren te koppelen.

<sup>225</sup> Zie hierover ook reeds arrest nummer 11.

Wellicht niet geheel toevallig is ook in arrest nummer 32, waarin de matigingsbevoegdheid van de rechter eveneens aan de orde is, overwogen dat de rechter bij de toepassing van die bevoegdheid alle *bijzondere* omstandigheden van het geval in aanmerking behoort te nemen, echter zonder zich uit te laten over de mate van terughoudendheid waarmee de rechter mag matigen. Ook hier lijkt de Hoge Raad een drempel op te werpen. Immers, gewone omstandigheden zijn niet voldoende om tot matiging te beslissen. Het moet gaan om ‘bijzondere omstandigheden’. Wat dat precies zijn blijft evenwel onduidelijk.

### **3.3.4 De brug tussen de omstandigheden van het geval en de verschillende gezichtspunten**

In paragraaf 2.4.4 is aan de orde gekomen dat de Hoge Raad in verschillende arresten heeft overwogen dat de gezichtspunten in onderling verband en samenhang moeten worden beoordeeld, terwijl een dergelijke toevoeging in andere arresten achterwege is gebleven. De arbeidsrechtelijke rechtspraak laat eenzelfde beeld zien. Van de 34 gezichtspuntenarresten zijn er 9 waarin is bepaald dat de verschillende relevante factoren in onderling verband en samenhang moeten worden beschouwd, met name in de ontslag op staande voet-rechtspraak.<sup>226</sup> Ook bij de kwalificatie,<sup>227</sup> kennelijk onredelijk ontslag<sup>228</sup> en de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW<sup>229</sup> treffen we dergelijke overwegingen aan, waarbij de bewoordingen steeds iets van elkaar verschillen.<sup>230</sup>

Ik wijs voorts nog op het arrest van de Hoge Raad van 10 december 2004,<sup>231</sup> waarin het ging om overgang van onderneming. Hoewel dit arrest zelf<sup>232</sup> geen gezichtspunten bevat, overwoog de Hoge Raad dat, om vast te stellen of aan de voorwaarden voor een overgang van een entiteit is voldaan,

---

<sup>226</sup> Vgl. de arresten met nummer 14 en 16 tot en met 19.

<sup>227</sup> Nummer 9.

<sup>228</sup> Nummer 3 en 5.

<sup>229</sup> Nummer 32.

<sup>230</sup> In arrest nummer 3 overwoog de Hoge Raad dat de omstandigheden ‘tezamen en in onderling verband’ moeten worden vastgesteld en in arrest nummer 5 dat het bij de toetsing of de opzegging van de arbeidsovereenkomst op grond van het gevolgcriterium kennelijk onredelijk is, gaat om alle omstandigheden van het geval ‘in onderlinge samenhang beschouwd’. Bij ontslag op staande voet wordt consequent geoordeeld, dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden alle omstandigheden van het geval, ‘in onderling verband en samenhang’, in aanmerking moeten worden genomen. In het arrest met betrekking tot de wettelijke verhoging overwoog de Hoge Raad, dat de rechter bij de toepassing van de bevoegdheid tot matiging alle bijzondere omstandigheden van het gegeven geval ‘in onderling verband’ in aanmerking dient te nemen.

<sup>231</sup> JAR 2005/14.

<sup>232</sup> Anders dan arrest nummer 21.

rekening moet worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, waarbij, zo voegde de Hoge Raad toe, bedacht dient te worden dat die kenmerkende omstandigheden slechts deelaspecten zijn van het te verrichten globale onderzoek en daarom niet elk afzonderlijk mogen worden beoordeeld.

Ook de gekozen woorden tussen de overweging dat alle omstandigheden van belang (kunnen) zijn en de vervolgens geformuleerde gezichtspunten kunnen aanwijzingen bevatten over de wijze waarop de verschillende factoren moeten worden gewaardeerd. Immers, het enkele feit dat de gezichtspunten in onderling verband en samenhang moeten worden beschouwd, zegt nog niets over het antwoord op de vraag of de genoemde gezichtspunten al dan niet een imperatief karakter hebben. Moet de rechter (één of meerdere van) de gezichtspunten in zijn beoordeling betrekken of worden de factoren bij wijze van voorbeeld genoemd, zonder dat de (lagere) rechter expliciet is opgedragen deze in ogenschouw te nemen?

In paragraaf 2.4.4 is in dit verband een drietal categorieën onderscheiden. In de eerste plaats de arresten waarin de gezichtspunten niet meer dan een voorbeeldenlijst vormen en waarbij de gezichtspunten louter een illustratief karakter hebben (categorie 1). In de tweede plaats de arresten waarin de gezichtspunten zonder meer van belang zijn (categorie 2) en in de derde plaats is een middencategorie te onderscheiden. Dat zijn de arresten waarin aan de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten een bijzondere betekenis toekomt (categorie 3). Deze gezichtspunten zijn meer dan louter voorbeelden, maar zij hebben geen imperatief karakter. De hierboven genoemde arbeidsrechtelijke gezichtspuntenarresten zullen in onderstaand schema in deze categorieën worden ingedeeld, waarbij per arrest ook steeds naar de formulering van de Hoge Raad worden verwezen.

Arrest nummer	Formulering van de Hoge Raad	Categorie
1	- moet in aanmerking worden genomen	2
2	- tot die omstandigheden kan mede behoren	1
3	- waaronder	1
4	- zoals	1
5	- weliswaar niet van doorslaggevend belang, maar moet in beginsel wel worden meegewogen	3
6	- een omstandigheid die van belang is bij de beoordeling	2
7	- dat bij de beoordeling niet alleen van belang is, maar ook ...	2

Arrest nummer	Formulering van de Hoge Raad	Categorie
8	- dienen niet alleen ... in aanmerking te worden genomen, maar dient ook acht te worden geslagen op ...	2
9	- dienen niet alleen ... in aanmerking te worden genomen, maar dient ook acht te worden geslagen op ...	2
10	- zoals	1
11	- tot die omstandigheden kan behoren	1
12	- tot die bijzonderheden kan behoren	1
13	- dient de rechter mede in zijn beschouwing te betrekken	2
14	- zoals	1
15	- n.v.t. <sup>233</sup>	
16	- daarbij behoren in de beschouwing te worden betrokken	2
	- zoals	1
17	- daarbij behoren ook in de beschouwing te worden betrokken	2
18	- waaronder begrepen	2
19	- dus ook de omstandigheid dat ...	2
20	- moeten mede ... bij de beantwoording worden betrokken	2
	- zoals	1
21	- kan van belang zijn	1
	- kan mede van belang zijn	1
	- waaronder	2
22	- n.v.t. <sup>234</sup>	
23	- als gezichtspunten, waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen	2
24	- daarbij is mede van belang	2
25	- in dat kader is van belang	2
26	- in dat kader zijn mede van belang	2
27	- waarbij onder meer van belang zijn	2
28	- waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan	3
29	- waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan	3
30	- waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan	3

<sup>233</sup> Dit arrest bevat geen verwijzing naar de omstandigheden van het geval, maar uitsluitend een (voorwaardelijk) gezichtspunt. Een beoordeling van de koppeling tussen de verwijzing naar de omstandigheden enerzijds en het gezichtspunt anderzijds is dan ook niet aan de orde.

<sup>234</sup> Ook bij dit arrest wordt geen koppeling gemaakt tussen de omstandigheden van het geval en bepaalde gezichtspunten, maar het arrest is wel van belang voor de wijze waarop de relevante feiten en omstandigheden moeten worden beoordeeld. Om die reden is het toch in de lijst met gezichtspuntenrechtspraak opgenomen.

Arrest nummer	Formulering van de Hoge Raad	Categorie
31	- in dat verband kunnen van belang zijn	1
	- is van belang	2
	- voorts kan in dit verband van belang zijn	1
32	- tot deze omstandigheden behoort ook	2
33	- waaronder	2
34	- waarbij ook van belang is	2

Wanneer gezichtspunten vallen onder categorie 1 en voorbeelden zijn van mogelijk relevante factoren, kan niet worden gezegd dat die gezichtspunten zwaarder behoren te wegen dan andere, niet in de catalogus genoemde, feiten en omstandigheden. Dat is anders bij de andere twee categorieën. Wanneer bepaalde gezichtspunten verplicht zijn voorgeschreven (ofwel een imperatief karakter hebben) zullen die gezichtspunten in sterkere mate bepalend zijn voor de uitkomst van de procedure. Immers, deze gezichtspunten zullen zonder meer in de beoordeling moeten worden betrokken. Wanneer aan bepaalde gezichtspunten een bijzondere betekenis toekomt, zegt ook dat iets over het gewicht van de gezichtspunten ten opzichte van andere, al dan niet in de catalogus genoemde, factoren. Afhankelijk van de gekozen bewoordingen zit er dus meer of minder elastiek in, in die zin dat de waarderingsvrijheid van de rechter (iets) beperkter lijkt wanneer imperatief voorgeschreven gezichtspunten moeten worden toegepast, zeker wanneer daaraan een ‘bijzondere’ waarde moet worden toegekend.

De vraag kan worden gesteld of het verschil in zwaarte van door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten kan worden verklaard. Waarom is de rechter in het ene geval verplicht die gezichtspunten in zijn beoordeling te betrekken (‘daarbij behoren ook in de beschouwing te worden betrokken’), terwijl dat in het andere geval enkel bij wijze van suggestie wordt aangereikt (‘in dat verband kunnen van belang zijn’)? De eerste gedachte is: de zwaarte van de gezichtspunten houdt nauw verband met de zwaarte van het onderwerp waarover wordt geprocedeerd. Die gedachte houdt geen stand als men bedenkt dat met betrekking tot het thema werkgeversaansprakelijkheid al vier formuleringen worden gekozen die niet (geheel) overeenkomen en die ook in verschillende van de hierboven onderscheiden categorieën vallen.<sup>235</sup> En bovendien, wat bepaalt de zwaarte van een bepaald onderwerp? Vooralsnog kan dan ook weinig anders dan worden geconcludeerd dat de gekozen bewoordingen min of meer toevallig zijn gebruikt en dat consistentie in de relatie tussen de omstandigheden van het geval en de gezichtspunten niet aanwezig is.

<sup>235</sup> Vgl. voetnoot 156 van hoofdstuk 2.

### 3.3.5 Verschillende soorten gezichtspunten

Niet alleen is van belang de verschillende soorten catalogi tegen het licht te houden, ook de soorten gezichtspunten die in die catalogi zijn genoemd zijn een nadere bestudering waard. In paragraaf 2.4.5 zijn in dit verband verschillende categorieën van gezichtspunten onderscheiden. De vraag rijst of we deze categorieën ook terugvinden in de arbeidsrechtelijke gezichtspuntenrechtspraak van de Hoge Raad.

Die vraag kan bevestigend worden beantwoord. De in paragraaf 2.4.5 onderscheiden veel voorkomende gezichtspunten zien we ook in de arbeidsrechtelijke rechtspraak terug. Dat is in de eerste plaats het geval bij gezichtspunten die betrekking hebben op de hoedanigheid van partijen. Dit gezichtspunt wordt in de arbeidsrechtelijke arresten overigens wel aanzienlijk minder genoemd dan in de algemene civielrechtelijke uitspraken uit paragraaf 2.3.1. Het is bepaald niet uit te sluiten dat de ‘hoedanigheid van partijen’ in het arbeidsrecht een factor is die al dusdanig is ‘ingebakken’ dat het niet nodig wordt geoordeeld hier nog uitdrukkelijk de aandacht op te vestigen. Immers, het is algemeen bekend dat de werknemer ten aanzien van verschillende aspecten een grote mate van bescherming geniet,<sup>236</sup> zodat zijn hoedanigheid als werknemer (ten opzichte van de werkgever) zo goed als steeds al een factor is waaraan (in meer of mindere mate) betekenis toekomt.

In een drietal uitspraken is er echter wel uitdrukkelijk aandacht aan besteed. Dat is in de eerste plaats het geval in arrest nummer 9, waarin de kwalificatievraag aan de orde was. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat bij de beoordeling van de bedoeling van partijen ook betekenis toekomt aan de maatschappelijke positie van degene wiens hoedanigheid van werknemer wordt beoordeeld. In de tweede plaats is arrest nummer 10 van belang. In deze uitspraak was de vraag aan de orde of de werknemer, bij gemis aan octrooi, aanspraak kon maken op een billijk bedrag van zijn werkgever. Tot de omstandigheden van het geval die van belang kunnen zijn in het kader van de beantwoording van deze vraag, behoort ook de positie en de functie van de werknemer binnen de organisatie van de werkgever. Een ander voorbeeld biedt arrest nummer 33, dat gaat over de eenzijdige wijziging van arbeidsvoor-

---

<sup>236</sup> Zie over dit onderwerp onder andere Loonstra & Zondag 2010, p. 38, alsmede de verschillende bijdragen aan de Rood-bundel (Betten e.a. 1997). Ook de Hoge Raad spreekt van ‘het op bescherming van de werknemer gerichte stelsel van de wet’. Vgl. HR 30 mei 1997, JAR 1997/142. Zie in dit kader ook Duk, die schreef: ‘Het wettelijk stelsel is partijdig in die zin dat het juist ter bescherming van de werknemer tot stand is gebracht. De rechter moet uit de aard van zijn taak onpartijdigheid betrachten, en mag dus niet blijk geven van een eigen parti pris, maar zal wél aan de partijdigheid van de wetgeving inhoud moeten geven.’ Duk 1998, p. 380.

waarden. Ook in dat kader komt belang toe aan de positie van de betrokken werknemer.

Een andere veel voorkomende categorie gezichtspunten betreft de aard en/of ernst van een bepaalde gedraging, gebeurtenis of andere feitelijkheden. De arbeidsrechtelijke gezichtspuntenrechtspraak is daarop zeker geen uitzondering. In een zestal uitspraken wordt uitdrukkelijk op deze categorie ingegaan. Zo werd in arrest nummer 10 belang toegekend aan de aard van de uitvinding, terwijl in arrest nummer 16 werd overwogen dat acht moet worden geslagen op de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt. In datzelfde arrest werd overwogen dat ook de aard van de dienstbetrekking een relevante factor kan zijn. Verder werden genoemd de ernst van het door de werknemer gepleegde delict (nummer 19), de aard en ernst van de risico's van het werken met asbest (nummer 26), de aard van de schadeveroorzakende gedraging van de werknemer (nummer 31), de aard van de gewijzigde omstandigheden die aanleiding hebben gegeven tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden (nummer 33) en, in hetzelfde arrest, de aard en ingrijpendheid van dat voorstel. Ook hier valt op dat de 'aard en ernst' op verschillende manieren worden ingevuld.

Net als in de andere civielrechtelijke uitspraken, is ook te verwachten schade/nadeel/gevolg een omstandigheid die regelmatig in de arbeidsrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad terugkeert, zoals in arrest nummer 10, waarin werd gewezen op het geldelijk belang van de uitvinding. Voorts heeft de Hoge Raad de navolgende gezichtspunten genoemd: de gevolgen die een ontslag op staande voet voor de werknemer heeft (nummer 14 en 16), het feit dat de werkgever geen directe schade lijdt als gevolg van de detentie van de werknemer (nummer 19), de te verwachten onrust op de werkvloer (eveneens nummer 19) en de ernst van de gevolgen die een ongeval kunnen hebben (nummer 25). Ook het voorkomen van schade krijgt aandacht. In arrest nummer 25 is gewezen op de mate van bezwaarlijkheid van het nemen van veiligheidsmaatregelen.<sup>237</sup>

Een andere categorie, die in paragraaf 2.3.1 overigens niet afzonderlijk is genoemd, betreft 'de mate van of de mate waarin...'. In vijf van de hierboven genoemde arresten speelt een dergelijk gezichtspunt een rol. Zo is, in arrest nummer 10, van belang in welke mate de werknemer aan de uitvinding heeft bijgedragen en verder wees de Hoge Raad op de mate waarin de voor en na de

---

<sup>237</sup> Het is niet verwonderlijk dat dit gezichtspunt in de arbeidsrechtelijke rechtspraak ook opdoemt. Het is namelijk één van de Kelderluik-factoren die door het arrest Bayar/Wijnen uit 2005 bij de toetsing ex art. 7:658 BW is ingebracht. Zie hierover paragraaf 3.2.3.10.

overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenstemmen (nummer 21), de mate waarin de aangesprokene de gebeurtenis kan worden verweten (nummer 23), met welke mate van waarschijnlijkheid de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht (nummer 25), de mate van bezwaarlijkheid van het nemen van veiligheidsmaatregelen (eveneens nummer 25), alsmede de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht (nummer 26).

In paragraaf 2.4.5 is ook op een ander niveau een indeling gemaakt. Daarbij ging het niet om de inhoud van de individuele gezichtspunten, maar om de aard c.q. hoedanigheid van de relevante factoren. De in voornoemde paragraaf genoemde categorieën zullen ook hier de revue passeren.

### **3.3.5.1 Open en gesloten gezichtspunten**

In de eerste plaats is onderscheid gemaakt tussen open en gesloten gezichtspunten, naar analogie van open en gesloten vragen. Immers, gezichtspunten worden regelmatig als vraag voorgesteld en als dat niet zo is, kunnen zij doorgaans vrij eenvoudig in een vragende vorm worden gezet.

Relevante factoren die zich uitsluitend met een 'ja' of 'nee' laten beantwoorden of waarop slechts één antwoord denkbaar is, kunnen als gesloten gezichtspunten worden aangemerkt. Ook de arbeidsrechtelijke gezichtspunten-catalogi bieden hier verschillende voorbeelden van. Zo kan in de eerste plaats de duur van het dienstverband, dat regelmatig terugkeert (nummer 4, 16 en 19), als een gesloten gezichtspunt worden aangemerkt, aangezien dit gezichtspunt aan de hand van een bepaalde tijdsaanduiding moet worden ingevuld.<sup>238</sup> Ook de leeftijd van de werknemer (nummer 4), of de aansprakelijkheid nog door verzekering is gedekt (nummer 23) en het tijdstip waarop en de plaats waar de schadeveroorzakende gedraging is verricht (nummer 31) laten zich als gesloten gezichtspunten kwalificeren. Dat sprake is van een gesloten gezichtspunt wil, zoals ook in paragraaf 2.4.5.1 is opgemerkt, niet zeggen dat de onderliggende beoordeling ook steeds eenvoudig te maken is. Dat illustreren onder andere de gezichtspunten of sprake is van een wanverhouding tussen de periode waarin daadwerkelijk is gewerkt en het tijdvak waarover loon moet worden doorbetaald (nummer 12), of binnen een redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld (nummer 23), en of een verzekering kon worden verkregen tegen een premie waarvan

---

<sup>238</sup> Even geabstraheerd van mogelijke discussies over bijvoorbeeld opvolgend werkgeverschap.



betaling in redelijkheid van de werkgever kon worden geleverd (nummer 28 en 29). Deze vragen kunnen weliswaar met 'ja' of 'nee' worden beantwoord, maar voordat men tot die beantwoording kan komen, zal soms een lastige beoordeling moeten worden gemaakt.

Ook open gezichtspunten komen voor in de bestudeerde arbeidsrechtelijke rechtspraak. Bij open gezichtspunten is niet slechts één antwoord denkbaar, maar dient het desbetreffende aspect nog nader te worden ingevuld, waar doorgaans een verdere waardering van de feiten en omstandigheden voor nodig is. Voorbeelden van dergelijke gezichtspunten zijn de kans op het vinden van ander passend werk (nummer 4) en de hoegrootte van de kans op ongevallen (nummer 25).

Ook een tussencategorie is denkbaar, waarbij het aantal mogelijke opties niet beperkt is tot één, maar waarbij door de Hoge Raad toch een afbakening is aangegeven, en wel in de vorm van een keuzemogelijkheid. Het arrest Van Hese/De Schelde (nummer 23) biedt hiervan een voorbeeld. In het kader van de vraag of de werkgever, die wordt aangesproken door een (voormalig) werknemer die lijdt aan de asbestziekte mesothelioom, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een beroep op verjaring kan doen, overwoog de Hoge Raad dat mede van belang is of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. Ook is van belang of de gevorderde schadevergoeding toekomt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde. Bij het eerste aspect zijn er twee opties en bij de tweede zijn er drie mogelijke antwoorden waaruit een keuze moet worden gemaakt.

### 3.3.5.2 Neutrale, bevrijdende en belastende gezichtspunten

Ook dit onderscheid is zichtbaar in de arbeidsrechtelijke gezichtspuntencatalogi. Een neutraal gezichtspunt<sup>239</sup> is bijvoorbeeld de duur van het dienstverband in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet (arrest nummer 16). Dat is een gezichtspunt waar men eigenlijk alle kanten mee op kan, zodat het richtinggevend karakter van deze factor beperkt is. Indien namelijk een werknemer, die bijvoorbeeld al 25 jaar in dienst is, door zijn werkgever op staande voet is ontslagen omdat hij interne veiligheidsvoorschriften heeft overtreden, rijst de vraag of deze omstandigheid nu ten voordele

---

<sup>239</sup> Dat is een gezichtspunt dat, ook wanneer het aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden is ingevuld, niet duidelijk maakt in welke richting het wijst. Of anders gezegd, in arbeidsrechtelijke context, of de desbetreffende factor in het voordeel van de werknemer of in het voordeel van de werkgever werkt. Zie hierover verder paragraaf 2.4.5.

of ten nadele van de werknemer moet werken. Zo kan aan de ene kant worden betoogd dat een werknemer die al zo lang in dienst is de nodige bescherming verdient, zodat wellicht minder snel moet worden aangenomen dat sprake is van een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigt. Aan de andere kant kan het standpunt worden verdedigd dat de werknemer, juist door zijn lange ervaring, op de hoogte is van het reilen en zeilen binnen de onderneming van de werkgever en dus ook van de aldaar geldende regels. Het oordeel zou dan kunnen luiden dat juist deze (ervaren) werknemer beter had moeten weten.<sup>240</sup>

Op voorhand is dus niet duidelijk of dit gezichtspunt voor de werknemer bevrijdend of belastend werkt. De duur van de dienstbetrekking kan daarom als een neutraal gezichtspunt worden aangemerkt.<sup>241</sup>

In paragraaf 2.4.5.2 is voor wat betreft de in paragraaf 2.3.1 besproken jurisprudentie gesteld dat er weinig gezichtspunten zijn waarvan op voorhand kan worden gezegd dat die uitsluitend in het voordeel c.q. nadeel van een bepaalde partij werken. Die vlieger lijkt voor het arbeidsrecht niet (geheel) op te gaan.

Er is een aantal arresten, dat betrekking heeft op het ontslag op staande voet, waarin de Hoge Raad gezichtspunten heeft geformuleerd die uitsluitend ten voordele van de werknemer kunnen strekken. Omdat deze factoren uitsluitend kunnen bijdragen aan het oordeel dat geen sprake is van een dringende reden, kunnen deze gezichtspunten, vanuit de werknemer gereedeneerd, als bevrijdend worden beschouwd. In de eerste plaats gaat het hier om de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waaronder zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben (nummer 14, 16, 17 en 18). Deze persoonlijke omstandigheden kunnen alleen maar bijdragen aan het oordeel dat geen sprake is van een dringende reden om de arbeidsovereenkomst met de desbetreffende werknemer met onmiddellijke ingang op te zeggen. Indien de rechter tot het oordeel is gekomen dat andere gezichtspunten reeds tot die conclusie moeten leiden, kunnen de persoonlijke omstandigheden van de werknemer er uiteraard nooit voor zorgen dat alsnog een dringende reden wordt aangenomen. Dit gezichtspunt heeft dan ook uitsluitend een (voor de werknemer) bevrijdende en dus geen belastende werking.<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> Zie voor een geval waarin de rechter tot een dergelijk oordeel kwam Hof Den Haag 11 februari 2005, JAR 2005/114.

<sup>241</sup> Dit is althans de theorie. In de praktijk blijkt dat de duur van het dienstverband vaak in het voordeel van de werknemer wordt uitgelegd. Zie daarover paragraaf 6.3.4.

<sup>242</sup> Quist 2007a, p. 33.

---

Van zo'n gezichtspunt is ook sprake in het ABN AMRO-arrest (nummer 19), waarin het ging om een bankmedewerker die op staande voet was ontslagen omdat hij gedurende lange tijd afwezig zou zijn in verband met een aan hem opgelegde gevangenisstraf vanwege een zedendelict. In het kader van de vraag of de werknemer terecht op staande voet was ontslagen werd overwogen, dat ook belang toekomt aan het feit dat het strafbare feit zich in de privésfeer heeft voltrokken. Ook dat is een omstandigheid die uitsluitend kan bijdragen aan het oordeel dat van een dringende reden geen sprake is, nu de link met de dienstbetrekking verder weg komt te liggen of mogelijk zelfs volledig wordt doorbroken.

Ook belastende gezichtspunten komen voor in de arbeidsrechtelijke gezichtspuntenrechtspraak van de Hoge Raad. Een voorbeeld hiervan biedt arrest nummer 5, waarin een kennelijk onredelijk ontslag-vordering van de werknemer aan de orde was. De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat het gegeven dat de werknemer binnen het concern, waartoe de werkgever behoort, een andere passende functie is aangeboden, maar deze de functie heeft geweigerd, weliswaar niet van doorslaggevend belang is, maar in beginsel wel een omstandigheid is die moet worden meegenomen in de beoordeling van de vraag of de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is. Het lijkt mij dat dit gezichtspunt uitsluitend als een (voor de werknemer) belastend gezichtspunt kan worden aangemerkt, aangezien het slechts kan bijdragen aan het oordeel dat de opzegging, gelet op het zogenoemde gevolgcriterium, niet kennelijk onredelijk is. Een ander voor de werknemer belastend gezichtspunt, dit maal in het kader van ontslag op staande voet (arrest nummer 19), betreft de omstandigheid dat het werkverzuim van de werknemer een gevolg is van een aan hem opgelegde gevangenisstraf. Dit is een omstandigheid die in beginsel toch voor rekening van de werknemer zal komen.

Gelet op het hierboven kort aangestipte karakter van het arbeidsrecht, waarin werknemersbescherming vaak hoog in het vaandel staat, wekt het weinig verbazing dat er ook belastende gezichtspunten zijn die in het nadeel van de werkgever werken. Dat is bijvoorbeeld het geval in arrest nummer 2, dat over kennelijk onredelijk ontslag gaat. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat ook van belang is of, en zo ja in welke mate, de werkgever een verwijt kan worden gemaakt van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Het is evident dat, wanneer de werkgever inderdaad kan worden verweten dat de werknemer arbeidsongeschikt is geworden, dit uitsluitend kan bijdragen aan het oordeel dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst met de desbetreffende werknemer kennelijk onredelijk is. Een ander voorbeeld biedt arrest nummer 31, dat gaat

over de aansprakelijkheid van de werkgever voor door ondergeschikten aan derden toegebrachte schade. De Hoge Raad oordeelde dat ook van belang kan zijn of de werknemers en de werkgever, bij het veroorzaken van de schade, als ‘een zekere eenheid’ naar buiten traden, ook al trad die ‘eenheid’ op dat moment niet naar buiten in het kader van de uitoefening van het bedrijf. Wanneer van de door de Hoge Raad bedoelde eenheid sprake is, is ook dat een omstandigheid die uitsluitend kan bijdragen aan het oordeel dat de werkgever ex art. 6:170 BW aansprakelijk is. Een voor de werkgever belastend gezichtspunt derhalve.

### **3.3.5.3 Voorwaardelijke gezichtspunten**

In de arbeidsrechtelijke jurisprudentie treffen we ook voorwaardelijke gezichtspunten aan.<sup>243</sup> Dat is allereerst het geval in arrest nummer 13, waarin het ging om het vaststellen van de ontbindingsvergoeding ex art. 7:685 lid 8 BW. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat de rechter een op voorhand overeengekomen afvloeiingsregeling in de beoordeling moet betrekken, echter op voorwaarde dat in de ontbindingsprocedure op die regeling een beroep is gedaan.

Ook de verwijtbaarheid van de werknemer die op staande voet is ontslagen is een voorwaardelijk gezichtspunt. Deze factor komt, blijkens arrest nummer 15, alleen aan de orde indien de aard van de door de werkgever aangevoerde dringende reden de verwijtbaarheid van de werknemer relevant maakt.<sup>244</sup> Indien die aard niet al meebrengt dat de eis van verwijtbaarheid moet worden gesteld, hangt het van de omstandigheden van het geval af, of het verweer van de werknemer dat de aan hem tegengeworpen dringende reden niet toereikend is voor een ontslag op staande voet omdat die gedraging hem niet valt te verwijten, doel kan treffen. Het intreden van de voorwaarde wordt hier dus bepaald door de omstandigheden van het geval.

Een ander voorwaardelijk gezichtspunt vloeit voort uit arrest nummer 25. De Hoge Raad overwoog hier dat, wanneer blijkt dat effectievere maatregelen ter voorkoming van een bedrijfsongeval mogelijk waren, moet worden onderzocht waarom niettemin het aanbrengen van deze voorziening destijds niet van de werkgever kon worden gevergd. Op zich verbaast deze voorwaarde niet. Het ligt voor de hand dat pas kan worden beoordeeld of van de werkgever kon worden verwacht dat hij al voorafgaand aan het ongeval

---

<sup>243</sup> Dat zijn gezichtspunten die alleen in de beoordeling behoeven te worden betrokken indien aan een nadere voorwaarde is voldaan. Zie hierover verder het slot van paragraaf 2.4.5.

<sup>244</sup> Dat is bijvoorbeeld het geval bij verduistering. Zie daarover HR 26 januari 2001, JAR 2001/40.

maatregelen had getroffen, nadat is komen vast te staan dat het treffen van (die) maatregelen ook daadwerkelijk mogelijk was.

Ten slotte wijs ik op arrest nummer 31, waarin de verwijtbaarheid van de werkgever bij het ontstaan van de schade van derden werd opgevoerd als gezichtspunt in het kader van de beoordeling of de werkgever ex art. 6:170 BW voor die schade aansprakelijk is. In een afzonderlijk daaraan gewijde rechtsoverweging oordeelde de Hoge Raad dat het voor aansprakelijkheid op basis van dit artikel weliswaar geen noodzakelijke voorwaarde is dat aan degene die namens de werkgever zeggenschap had over de schadeveroorzakende gedragingen een verwijt valt te maken, maar indien de leidinggevende daarvan wél een verwijt valt te maken, is dat van belang bij de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag. Ook hier dus een voorwaardelijk gezichtspunt.

### 3.4 Afronding

In dit hoofdstuk zijn de door de Hoge Raad geformuleerde arbeidsrechtelijke gezichtspuntencatalogi behandeld. Hierbij is in grote lijnen de indeling van hoofdstuk 2 aangehouden. Dat betekent dat de gezichtspunten(catalogi) op dezelfde wijze zijn benaderd. Hierbij valt op dat (ook) in het arbeidsrecht met grote regelmaat – op verschillende manieren – wordt verwezen naar de omstandigheden van het geval.<sup>245</sup> Daarbij wordt ook zeer regelmatig een catalogus met gezichtspunten geformuleerd. Lijsten met relevante factoren zijn dus niet alleen in het civiele recht in het algemeen, maar ook in het arbeidsrecht een veel en breed, bij diverse (deel)onderwerpen, toegepast fenomeen.

Bij de nadere bestudering van de verschillende catalogi en de daarin genoemde factoren springt in het oog dat de wijze waarop de Hoge Raad binnen het arbeidsrecht omgaat met en invulling geeft aan gezichtspuntencatalogi niet wezenlijk verschilt van de in paragraaf 2.3.1 besproken jurisprudentie, die betrekking heeft op het materiële civiele recht. Dat geldt bijvoorbeeld voor het soort zaken waarin we gezichtspuntencatalogi aantreffen, de soort catalogi die de Hoge Raad heeft geformuleerd, de soort gezichtspunten die hij heeft genoemd, alsmede voor de gebruikte formuleringen.

De wijze waarop de Hoge Raad binnen het arbeidsrecht invulling geeft aan gezichtspuntencatalogi lijkt dan ook niet steeds in positieve zin bij te dragen aan de verwezenlijking van hetgeen met gezichtspuntencatalogi wordt beoogd, vooral voor wat betreft het creëren van duidelijkheid ten aanzien van de

---

<sup>245</sup> Ik wijs in dit verband op Duk, die reeds in 2004 schreef over de tendens waarin de Hoge Raad in arbeidszaken steeds meer waarde hecht aan de omstandigheden van het geval en, daarmee, iets minder snel op grond van min of meer algemene overwegingen in werknemersvriendelijke zin beslist. Vgl. Duk 2004b, p. 497.

relevante factoren en het vergroten van de voorspelbaarheid van de uitkomst van juridische procedures.

In zijn kroniek uit 2009, over de arbeidsrechtelijke uitspraken van de Hoge Raad, wees Duk er reeds op dat de Hoge Raad – waar het gaat om het formuleren van vuistregels en gezichtspunten – het arbeidsovereenkomstenrecht niet wezenlijk anders benadert dan hij als civiele cassatierechter meer in het algemeen doet.<sup>246</sup> Hetgeen in dit hoofdstuk aan de orde is gekomen is in lijn met deze conclusie van Duk.

---

<sup>246</sup> Duk 2009b, p. 26-27.

## 4                    **Procesrechtelijke aspecten van gezichtspuntenrechtspraak**

### 4.1                **Inleiding**

In het tweede hoofdstuk van dit boek is uiteengezet dat de omstandigheden van het geval in de loop der tijd een steeds prominentere rol zijn gaan spelen bij de door de rechter in concreto te maken beoordeling. Dat heeft onder andere te maken met het gegeven dat de wetgever zich meer en meer van open normen is gaan bedienen.

‘Thans biedt een overvloed aan zogenaamde “open normen” de rechter de ruimte om bij zijn beslissing recht te doen aan alle omstandigheden van het geval. De open normen staan niet alleen in het Burgerlijk Wetboek, ook de Hoge Raad formuleert ze voortdurend en wijst strakke regels in hun algemeenheid als onjuist van de hand. Al deze open normen hebben een materieelrechtelijk karakter, maar ze hebben een procesrechtelijk effect. Want de omstandigheden van het geval worden in een civielrechtelijke procedure gewogen. Het is de rechter die het resultaat van die weging bepaalt en het antwoord geeft op de vraag wat de inhoud van de materieelrechtelijke rechtsbetrekking tussen partijen is.’

Deze woorden zijn afkomstig uit de oratie van Van Schaick.<sup>1</sup> Uit dit citaat blijkt dat de gezichtspuntencatalogi, die in de voorgaande hoofdstukken zijn behandeld, een materieelrechtelijk karakter hebben, maar dat hetgeen tussen partijen rechtens heeft te gelden door de rechter wordt vastgesteld. De link met het burgerlijk procesrecht is dan uiteraard snel gelegd. Het burgerlijk procesrecht geeft namelijk regels over de wijze waarop de rechter de rechtsbetrekking tussen partijen dient vast te stellen. Die regels dienen niet alleen het proces ten overstaan van de rechter, zij bepalen ook in hoge mate de uitkomst. Of, zoals Van Schaick het verwoordde:

‘Spelregels *dienen* niet alleen het spel, ze *bepalen* het spel, sterker nog: ze *zijn* het spel.’<sup>2</sup>

Daar waar het gaat om toepassing van gezichtspuntencatalogi is het dus van belang ook aandacht te besteden aan de procesrechtelijke aspecten daarvan. Ook deze zijn namelijk van belang bij het beoordelen van de vraag in hoeverre

---

<sup>1</sup> Van Schaick 2009a, p. 17-18.

<sup>2</sup> Van Schaick 2009a, p. 6.

gezichtspuntencatalogi hun functies in de praktijk waarmaken. Hierna zal achtereenvolgens aandacht worden besteed aan bewijsrechtelijke aspecten, het aanvullen van feiten, feitelijke grondslag en rechtsgronden, de waarheids- en volledigheidsplicht, de motiveringsplicht en de toetsing in cassatie.<sup>3</sup>

## **4.2 Bewijsrechtelijke aspecten**

### **4.2.1 Inleiding**

Hierboven werd, onder verwijzing naar de oratie van Van Schaick, naar voren gebracht dat de regels van procesrecht de uitkomst van een bepaalde procedure in hoge mate bepalen. Dat geldt in het bijzonder voor de regels van bewijsrecht, waarop in deze paragraaf nader zal worden ingegaan. Bij de beslissing om wel of geen procedure te starten speelt de vraag naar de bewijslastverdeling en de bewijsbaarheid van de stellingen van de eisende partij een belangrijke rol.<sup>4</sup> Het komt mij voor dat dat zeker ook het geval is bij procedures waarin de rechter een gezichtspuntencatalogus moet toepassen, omdat de uitkomst van dergelijke procedures in de regel toch al lastig te voorspellen is.<sup>5</sup> Het ligt dan ook voor de hand dat de eisende partij in ieder geval goed beslagen ten ijs zal willen komen.

Hieronder komen de belangrijkste aspecten van het bewijsrecht aan bod. Daarbij wordt geen volledigheid nagestreefd. Over bewijsrechtelijke aspecten op zichzelf worden handboeken en proefschriften volgeschreven, zodat het ondoenlijk is een uitputtende beschrijving te geven in het kader van dit onderzoek. Wel zal aandacht worden besteed aan de aspecten die van belang (kunnen) zijn voor de toepassing van gezichtspuntencatalogi. Ik zal hierbij het artikel van Van den Brink in *Praktisch Procederen 2008-4*<sup>6</sup> als leidraad nemen. In deze bijdrage heeft Van den Brink een stappenplan beschreven dat door de rechter kan worden gevolgd bij de beoordeling van de vragen welke partijstellingen tot vaststaande feiten kunnen worden verheven. Van den Brink onderscheidde een zevental fasen, te weten:

1. stellen;
2. betwisten;
3. bewijslastverdeling;

---

<sup>3</sup> Sommige van deze aspecten lopen in elkaar over of overlappen elkaar (deels). Dat is bijvoorbeeld het geval bij de op partijen rustende mededelingsplichten en de waarheids- en volledigheidsplicht ex art. 21 Rv. Hetzelfde geldt voor de motiveringsplicht en de toetsing in cassatie.

<sup>4</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 620.

<sup>5</sup> Zie daarover paragraaf 2.7.2.

<sup>6</sup> Van den Brink 2008, p. 89-100.



4. bewijsaanbod;
5. bewijsopdracht;
6. bewijslevering;
7. bewijswaardering.

Voor ieder van deze fasen zullen de belangrijkste aspecten worden behandeld. Daarbij zal steeds worden aangegeven of het toepassen van een gezichtspunten-catalogus invloed op de desbetreffende fase heeft en zo ja, waar die invloed uit bestaat of uit kan bestaan. Allereerst zal ik kort in gaan op het begrip ‘bewijzen’ als zodanig.

#### 4.2.2 Wat is bewijzen?

De vraag rijst wat precies onder bewijzen, in burgerlijke zaken,<sup>7</sup> moet worden verstaan. Over deze belangrijke vraag is het nodige geschreven en verschillende schrijvers hebben ook verschillende definities van het begrip bewijzen geformuleerd; de wet geeft namelijk geen duidelijkheid omtrent de vraag hoe dit begrip moet worden gedefinieerd.<sup>8</sup>

Thesingh schreef reeds in zijn proefschrift uit 1961 dat bewijzen is ‘het (bij anderen of zichzelf) tot bewustheid brengen van als waar aanvaarde oordelen uit welker verbinding de overtuiging van de waarheid van een ander oordeel – namelijk het in de te bewijzen bewering uitgesprokene – noodwendig voortvloeit.’<sup>9</sup> Anema omschreef bewijzen (in 1940) als het ‘den rechter omtrent rechtsfeiten door bepaalde middelen zoodanige gronden voor zekerheid verschaffen, als hij behoeft, om aan die feiten door het recht verbonden rechtsgevolgen toe te wijzen.’<sup>10</sup> Volgens Bosse betekent bewijzen dat men de rechter een redelijke mate van zekerheid moet verschaffen omtrent het bestaan van bepaalde feiten. Het gaat daarbij om het logisch motiveren waarom men bepaalde feiten als waar aanneemt.<sup>11</sup> Hidma en Rutgers hebben geschreven dat bewijzen in burgerlijke zaken is de rechter omtrent in het rechtsgeding te zijner kennis gekomen of gestelde, rechtens ter zake dienende feiten of rechten, door

<sup>7</sup> Deze aanvulling is noodzakelijk, omdat het leveren van bewijs in het burgerlijk procesrecht iets anders is dan bijvoorbeeld strafrechtelijke bewijslevering. Uiteraard zijn er ook grote verschillen in de wijze waarop het bewijs geleverd wordt en door de rechter wordt gewaardeerd. Vgl. Corstens 2005, p. 632 e.v., Mevis 2006, p. 447 e.v. en Minkenhof/Reijntjes 2006, p. 362 e.v. Zie ook Kooijmans 2010, p. 456 e.v. Zie voorts Hartmann 1999, p. 217 e.v. en Borgers & Kristen 1999, p. 866 e.v.

<sup>8</sup> Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 4.

<sup>9</sup> Thesingh 1961, p. 11.

<sup>10</sup> Asser-Anema 1940, p. 36.

<sup>11</sup> Bosse 2003, p. 12.

welke middelen ook een redelijke mate van zekerheid te verschaffen, die hij behoeft om tussen partijen te kunnen beslissen over de door het recht aan die feiten of rechten verbonden rechtsgevolgen.<sup>12</sup> Voorts verwijs ik naar Snijders c.s., die bewijzen omschreef als het aan de rechter verschaffen van een redelijke mate van zekerheid omtrent de te bewijzen feiten.<sup>13</sup>

Hoewel de hierboven genoemde definities alle (iets) anders luiden, komen zij in de kern wel op hetzelfde neer. Bij het leveren van bewijs in een civiele procedure gaat het er namelijk om de rechter te overtuigen van het eigen gelijk, zodat de rechter de bewezen feiten en rechten aan zijn oordeel ten grondslag kan leggen (vgl. art. 149 lid 1 Rv). Dit is weer nodig om de door partijen verlangde rechtsgevolgen aan de gestelde feiten of rechten te kunnen verbinden (vgl. art. 150 Rv). En dat is waar het uiteindelijk om te doen is; de rechter wordt (over het algemeen) gevraagd uitspraak te doen over rechtsgevolgen die door de ene partij worden gesteld en door de andere partij worden betwist.<sup>14</sup>

De vraag rijst hoeveel zekerheid aan de rechter moet worden verschaft voordat kan worden vastgesteld dat bepaalde feiten of rechten bewezen zijn. Wordt absolute zekerheid verlangd of wordt genoeg genomen met een mindere mate van zekerheid? Dat laatste is het geval. Uit verschillende van de hierboven weergegeven definities volgt al dat aan de rechter ‘een redelijke mate van zekerheid’<sup>15</sup> moet worden verschaft.<sup>16</sup> De rechter moet overtuigd worden.<sup>17</sup> Bewijzen wil dus niet zeggen dat een bepaald feit of recht onomstotelijk moet worden aangetoond.<sup>18</sup> Voldoende is dat de aan de vordering of het verzoek ten grondslag gelegde feiten komen vast te staan, niet dat zij ook ‘waar’ zijn.<sup>19</sup>

---

<sup>12</sup> Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 4.

<sup>13</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 199.

<sup>14</sup> Het doel is dus de perceptie van de rechter, aldus ook Asser 1999, p. 1251.

<sup>15</sup> Ook wordt wel gesproken over een ‘grote mate van zekerheid’, een ‘redelijke mate van waarschijnlijkheid’, een ‘zekere mate van waarschijnlijkheid’ of een ‘voldoende mate van zekerheid’. Zie daarover Giesen 2001, p. 50-51, met verwijzingen naar verdere literatuur. Zie ook Giesen 1999, p. 626.

<sup>16</sup> Zie daarover onder andere Asser 1998, p. 26, Bosse 2003, p. 12, Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 4, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 199, Alt 2009, p. 64, Klaassen 2009, p. 77, Ahsmann 2011, p. 254, De Groot 2012, p. 52, alsmede Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 264.

<sup>17</sup> Alt 2009, p. 64. Zie ook Klaassen 2009, p. 76.

<sup>18</sup> Waarover Wieten 2002, p. 4, Asser 2004a, nr. 2, Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 4 en Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 199.

<sup>19</sup> Asser 1999, p. 1251.

Het is uiteraard lastig aan te geven wanneer de grens van een redelijke mate van zekerheid is bereikt. Met andere woorden, wanneer acht de rechter een bepaalde partij wel of niet in het opgedragen bewijs geslaagd? Dat is een kwestie van waardering van het bewijs, die hieronder afzonderlijk aan de orde komt.<sup>20</sup> Duidelijk is wel dat wanneer te hoge eisen gesteld worden aan de overtuigingskracht van de bewijsvoering, de wederpartij van de ‘bewijsplichtige’ wordt bevoordeeld, terwijl het omgekeerde het geval is wanneer het bewijs al te gemakkelijk wordt aangenomen.<sup>21</sup>

#### **4.2.3 De zeven fasen van Van den Brink**

De hierboven genoemde zeven door Van den Brink beschreven fasen zullen hieronder één voor één aan de orde komen. Zoals aangegeven zal daarbij steeds worden vermeld wat de consequenties (kunnen) zijn van het toepassen van gezichtspuntencatalogi. Hiervoor zal ik, als een concreet voorbeeld nodig is, veelal aanknopen bij de gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad heeft geformuleerd ten aanzien van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet.<sup>22</sup>

De ontslag op staande voet-procedure is een dagvaardingsprocedure. In eerste instantie zal ik mij tot deze procedure beperken. De verzoekschrift-procedure en het kort geding komen in paragraaf 4.2.4 kort aan de orde.

##### **4.2.3.1 Fase 1: stellen**

Eén van de beginselen van het burgerlijk procesrecht is dat partijen de omvang van het geschil bepalen.<sup>23</sup> Art. 24 Rv bepaalt dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit.<sup>24</sup> De rechter is, zo heeft Wieten beschreven, gebonden aan de beweringen van partijen;<sup>25</sup> daarbuiten strekt zijn onderzoek zich in beginsel niet uit (waarover

---

<sup>20</sup> Vgl. voor de bewijswaarderingsmaatstaf (de door de rechter benodigde zekerheid bij de bewijsbeslissing) uitvoerig De Bock 2011, p. 201 e.v.

<sup>21</sup> Elders 1990, p. 5.

<sup>22</sup> HR 12 februari 1999, JAR 1999/102 (Schrijver/Van Essen), waarover reeds in paragraaf 3.2.3.7. Zie nader hoofdstuk 6. Overigens heeft het arbeidsrecht in de afgelopen decennia blijkens de grote hoeveelheid arresten van de Hoge Raad een vruchtbare bodem gevormd inzake de bewijslast, de stelplicht en de motiveringsplicht van partijen, aldus Asser 2004b, p. 488.

<sup>23</sup> Zie daarover bijvoorbeeld Giesen 2001, p. 23 en Ekermans 2008, p. 1 e.v.

<sup>24</sup> Van Schaick heeft geschreven dat dit artikel een juridische basis verschaft aan de stelplicht van partijen, vgl. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 94. Zie over art. 24 Rv nader in paragraaf 4.3.

<sup>25</sup> Wieten 2002, p. 2 en 20. Zie ook Van den Brink 2008, p. 89.

nader in paragraaf 4.3). Hierdoor zal elke partij de feiten en omstandigheden die voor haar van belang zijn in het geding moeten brengen door ze te stellen.<sup>26</sup> Dit wordt ook wel aangeduid als de ‘stelplicht’.<sup>27</sup>

In de literatuur wordt onder stelplicht verstaan: het aanvoeren van de rechtsfeiten die nodig zijn voor het intreden van het door eiser (of gedaagde) ingeroepen rechtsgevolg.<sup>28</sup> Wie een vordering instelt, zal de feiten moeten stellen die tot toewijzing van die vordering kunnen leiden.<sup>29</sup> De stelplicht is dan ook wel omschreven als de plicht voor elke partij zoveel te stellen als voor toe- of afwijzing van de eis noodzakelijk is.<sup>30</sup> Daaruit vloeit voort dat partijen daarvoor niet relevante feiten en omstandigheden *niet* hoeven te stellen.<sup>31</sup>

De partij die een beroep wil doen op bepaalde feiten en omstandigheden dient dit op zo’n manier te doen dat duidelijk is welke stellingen de rechter ter beoordeling worden voorgelegd en voor de wederpartij waartegen zij zich moet verweren.<sup>32</sup>

Omtrent de invulling van de stelplicht van procespartijen is in de wet een aantal voorschriften opgenomen.<sup>33</sup> De door de eisende partij ingenomen standpunten blijken in de eerste plaats uit de namens haar uitgebrachte dagvaarding. Art. 111 lid 2 sub d Rv bepaalt in dat verband dat de dagvaarding ‘de eis en de gronden daarvan’ dient te vermelden.<sup>34</sup> Dat betekent dat de eiser niet alleen moet aangeven wat hij vordert, met andere woorden: welke uitspraak

---

<sup>26</sup> Wieten 2002, p. 20.

<sup>27</sup> Dit begrip is in de literatuur niet geheel onbestreden. Opgemerkt wordt wel dat geen sprake is van een verplichting om bepaalde feiten en omstandigheden te stellen. Partijen zijn vrij om bepaalde stellingen wel of niet in te nemen, waarbij zij uiteraard wel de mogelijke gevolgen van hun keuze dragen. Termen als ‘stellast’ of ‘aanvoeringslast’ (vgl. Van der Wiel 2004, p. 220, in het bijzonder noot 290) dekken dan ook beter de lading. Desalniettemin zal ik het begrip ‘stelplicht’ gebruiken, aangezien dit inmiddels ‘ingeburgerd’ is en alom is aanvaard dat daarmee niet op een verplichting wordt gedoeld. Zie ook Alt 2009, p. 34. Ook Van Schaick heeft geschreven dat het niet bezwaarlijk is om de term stelplicht te gebruiken, zolang men zich er maar van bewust is dat het hier om een zogenoemde ‘Obliegenheit’ gaat. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 94, alsmede Van Schaick 2009b, p. 212, noot 6. Vgl. ook Asser 2004a, nr. 5.

<sup>28</sup> Alt 2009, p. 33.

<sup>29</sup> Thoe Schwartzenberg 2008, p. 21. In dezelfde zin Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 624.

<sup>30</sup> Wieten 2002, p. 20.

<sup>31</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 206.

<sup>32</sup> Westenberg & Fokker 2004, p. 209. Vgl. voor een voorbeeld Ktr. Utrecht 20 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ2412, met verwijzing naar HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 814.

<sup>33</sup> Waarover ook Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 26.

<sup>34</sup> Welk voorschrift door art. 120 lid 1 Rv met nietigheid is bedreigd. Overigens is herstel mogelijk, zie lid 2.

hij van de rechter verlangt, maar ook welke feiten en omstandigheden toewijzing van die vordering rechtvaardigen. Dit wordt wel de feitelijke grondslag genoemd.<sup>35</sup> In de dagvaarding moet ook reeds worden ingegaan op de door de gedaagde voorafgaand aan de procedure gevoerde verweren, zo volgt uit art. 111 lid 3 Rv.<sup>36</sup>

De stelplicht impliceert een motiveringsplicht.<sup>37</sup> De eiser kan niet volstaan met het stellen van de voor het intreden van het door hem beoogde rechtsgevolg benodigde feiten en omstandigheden. Hij zal zijn stellingen ook moeten concretiseren, waarbij de mate waarin dat van de eiser verlangd wordt afhankelijk is van het door de gedaagde gevoerde verweer.<sup>38</sup> De voor de gedaagde geldende voorschriften komen in de volgende (sub)paragraaf aan de orde.

Wie moet in een bepaalde zaak nu welke feiten stellen? Dit betreft de vraag naar de verdeling van de stelplicht. De wet regelt niet op welke partij ten aanzien van bepaalde feiten de stelplicht rust.<sup>39</sup> De wetgever achtte een dergelijke algemene bepaling niet nodig.<sup>40</sup> Wel is de stelplicht voor de praktijk van groot belang. De partij op wie de stelplicht rust draagt, zo heeft Van Schaick beschreven, reeds om die reden een reëel en bovendien groeiend procesrisico.<sup>41</sup>

Boonekamp heeft geschreven dat uit materiële wettelijke regels vaak volgt wat moet worden gesteld voor het met succes kunnen inroepen van een bepaald rechtsgevolg, welke partij de desbetreffende feiten en rechten moet stellen blijkt daar niet uit. De materiële rechtsregels houden als zodanig vaak niet een stelplichtverdeling in. Voor het antwoord op de vraag welke partij moet stellen, dient men, aldus nog steeds Boonekamp, te rade te gaan bij art. 150 Rv, welk artikel de bewijslastverdeling regelt (waarover paragraaf 4.2.3.3). Degene

---

<sup>35</sup> Van der Wiel 2004, nr. 233.

<sup>36</sup> Dit wordt wel de substantiëringsplicht, exhibitieplicht of bewijisaandragplicht genoemd, waarover Alt 2009, p. 37. Op grond van art. 120 lid 4 Rv levert het niet voldoen aan dit voorschrift geen nietige dagvaarding op. Wel kan de rechter de eisende partij bevelen alsnog de ontbrekende gegevens te verstrekken. Uit onderzoek van Jacobs blijkt dat de rechtbanken in ons land verschillend omgaan met schending van de substantiëringsplicht. De Rechtbank Roermond zou het strengst zijn en de Rechtbank Middelburg en die in Groningen het soepelst. Knapen 2011, p. 7.

<sup>37</sup> Van Schaick 2009b, p. 212.

<sup>38</sup> Van den Brink 2008, p. 91 en 92.

<sup>39</sup> Van der Nat-Verhage 2003, p. 28.

<sup>40</sup> Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 87-88.

<sup>41</sup> Van Schaick 2009b, p. 212.

die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept, zal de daartoe vereiste feiten<sup>42</sup> moeten stellen.<sup>43</sup> Ook Asser heeft voor wat betreft de stelplichtverdeling aansluiting gezocht bij art. 150 Rv. Hij schreef dat partijen stelplicht hebben voor de feiten die leiden tot het door elk van hen ingeroepen rechtsgevolg, de eiser voor het rechtsgevolg waarop hij zijn vordering baseert en de gedaagde voor het zelfstandig rechtsgevolg dat hij aan zijn verweer ten grondslag legt.<sup>44</sup>

Wel heeft Snijders c.s. erop gewezen dat de wet in sommige gevallen bepaalt hoe de stelplicht over eiser en gedaagde moet worden verdeeld en dat de wetgever zich hiervan bij het redigeren van het BW ook heel goed bewust is geweest. Met name het woord ‘tenzij’ wordt gebruikt indien de wetgever de stelplicht ten aanzien van bepaalde feiten of het ontbreken daarvan op een andere partij wil leggen dan degene die primair een beroep op die bepaling doet.<sup>45</sup>

Dat de verdeling van de stelplicht kan worden afgeleid uit de regel van bewijslastverdeling kan inderdaad als hoofdregel worden aangenomen. Ten aanzien van deze regel kunnen verschillende uitzonderingen worden aangewezen. Niet voor niets heeft Bosse erop gewezen dat het afleiden van de stelplicht uit de formulering van het objectieve recht bij gecompliceerde wettelijke bepalingen tot interpretatieproblemen kan leiden.<sup>46</sup>

Van Schaick heeft geschreven dat bewijslast (art. 150 Rv) bovendien niet automatisch ook een stelplicht inhoudt,<sup>47</sup> in welk verband hij heeft gewezen op de regeling van art. 6:233 sub b jo. art. 6:234 lid 1 BW. Hieruit volgt dat algemene voorwaarden vernietigbaar zijn indien zij door de gebruiker voorafgaand aan of bij het sluiten van de overeenkomst niet aan de wederpartij ter hand zijn gesteld. Indien de wederpartij op deze grond de nietigheid inroept, ligt het op de weg van de gebruiker om te bewijzen dat hij de algemene voorwaarden wel degelijk tijdig heeft overhandigd.<sup>48</sup> Dat betekent echter niet dat de gebruiker bij het inroepen van de algemene voorwaarden ook moet stellen dat hij aan de terhandstellingsverplichting heeft voldaan.<sup>49</sup>

<sup>42</sup> Asser heeft erop gewezen dat het begrip ‘feiten’ in art. 177 (oud) Rv (thans art. 150 Rv) ruim moet worden opgevat en dat men ook kan spreken van ‘feiten en omstandigheden’. Asser 1998, p. 28.

<sup>43</sup> Boonekamp 2003, p. 28.

<sup>44</sup> Asser 2004a, nr. 23.

<sup>45</sup> Zie, met voorbeelden, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 207.

<sup>46</sup> Bosse 2003, p. 14-15.

<sup>47</sup> Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 96.

<sup>48</sup> HR 11 juli 2008, NJ 2008, 416, waarover Rinkes & Hendrikse 2010, p. 174.

<sup>49</sup> Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 96. Elders heeft Van Schaick gewezen op de regeling van de artt. 6:89 en 7:23 BW, waarvoor dezelfde procesrechtelijke benadering zou moeten gelden. Van Schaick 2009b, p. 219.

Bij het antwoord op de vraag wat moet worden gesteld dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de inhoud van de stelplicht enerzijds en de omvang ervan anderzijds.<sup>50</sup>

Thoe Schwartzenberg heeft beschreven dat men voor het antwoord op de vraag wat moet worden gesteld te rade moet gaan bij de materiële rechtsregels.<sup>51</sup> Uit de toepasselijke rechtsregel van materieel recht (de grondslag van de vordering) kan worden afgeleid, welke elementen nodig zijn om het ingeroepen rechtsgevolg teweeg te brengen, wat de stelplicht in het concrete geval inhoudt en welke partij die feiten moet stellen.<sup>52</sup> Ook Van Mierlo en Van Dam-Lely schreven dat het antwoord op de vraag welke feiten gesteld moeten worden, wordt bepaald door het materiële recht.<sup>53</sup> Ook volgens Bosse kan de inhoud van de stelplicht in de meeste gevallen uit het materiële recht worden afgeleid.<sup>54</sup>

Van Schaick heeft hier tegen in gebracht dat het niet zo is dat het materiële recht per definitie de stelplicht bepaalt. Het antwoord op de vraag hoever de stelplicht van eiser en gedaagde reikt – dus het antwoord op de vraag welke partij welk aspect van het materiële recht waarop de vordering berust, tot onderwerp van het processuele debat moet maken – hangt, zo heeft Van Schaick beschreven, mede af van de soort vordering die wordt ingesteld, het feitencomplex waarop die vordering is gebaseerd en uiteindelijk veelal van praktische, genuanceerde keuzes.<sup>55</sup> In gelijke zin Hidma en Rutgers, die schreven dat wat en hoeveel in concreto moet worden gesteld, een kwestie van procestechniek en tactiek is. Eiser zal in elk geval zodanige, positief werkende feiten<sup>56</sup> in zijn dagvaarding moeten opnemen en zijn vordering zodanig moeten motiveren, dat deze de rechter voor het geval de gedaagde verstek laat gaan niet ‘onrechtmatig en ongegrond’ voorkomt (art. 139 Rv). Tevens moet de eisende partij er rekening mee houden dat zij in beginsel geen gelegenheid krijgt om, indien er een comparitie wordt gehouden,<sup>57</sup> een conclusie van repliek te nemen

<sup>50</sup> Zie ook Bosse 2003, p. 14.

<sup>51</sup> Thoe Schwartzenberg 2008, nr. 4.

<sup>52</sup> Ook Van der Nat-Verhage heeft geschreven dat de stelplicht in het algemeen voldoende duidelijk voortvloeit uit het materiële recht. Van der Nat-Verhage 1988, p. 8. Zie ook Bosse 2003, p. 14.

<sup>53</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 625.

<sup>54</sup> Bosse 2003, p. 14.

<sup>55</sup> Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 96.

<sup>56</sup> Ook wel ‘rechtscheppende’ feiten genoemd. Dit in tegenstelling tot ‘bevrijdende’ feiten. Vgl. Stein/Rueb 2007, p. 128-129.

<sup>57</sup> Hetgeen in het merendeel van de zaken gebeurt. Uit het onderzoek van Van der Linden blijkt dat bij de rechtbanken te Den Bosch en Utrecht in 90 tot 95% van de civiele handelszaken een comparitie van partijen wordt gelast. Zij heeft de zittingen van de

(art. 132 lid 2 Rv).<sup>58</sup> Het kan dan zijn dat de dagvaarding het enige schriftelijke stuk van eiser is.

De vraag naar de omvang van de stelplicht laat zich niet in abstracto beantwoorden,<sup>59</sup> maar hangt in het concrete geval af van de mate van de onderbouwing van de betwisting, waarover meer bij de bespreking van fase 2. Het tussen partijen gevoerde debat staat hierbij centraal.<sup>60</sup> Is bijvoorbeeld sprake van een uitvoerig geadstrueerde en gedocumenteerde betwisting door de gedaagde,<sup>61</sup> dan kan van de eisende partij om te voldoen aan de stelplicht mogelijk worden geveerd dat alsnog, bijvoorbeeld ter comparitie of bij conclusie van repliek, nadere gegevens en bescheiden worden aangevoerd.<sup>62</sup> Ik wijs in dit verband ook op Bosse, die heeft gesteld dat de precieze omvang van de stelplicht mede wordt bepaald door de regels van burgerlijk procesrecht en de gedetailleerdheid waarmee de gestelde feiten door de wederpartij worden betwist.<sup>63</sup> A-G Vranken heeft de factoren die van belang (kunnen) zijn voor de beoordeling van de vraag hoever de motiveringsplicht van partijen gaat mooi weergegeven in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 3 januari 1997.<sup>64</sup> Vranken schreef:

‘De omvang van de stelplicht is niet in harde regels te formuleren, maar hangt van verschillende factoren af. Van belang zijn onder meer de fase waarin de

---

sector kanton niet onderzocht. Vgl. Van der Linden 2010a, p. 8. Zie ook Van der Linden 2010b, p. 910. Van Mierlo en Van Dam-Lely hebben geschreven dat de inschatting is dat in de praktijk in 75 tot 90% van de zaken een comparitie wordt bevolen, vgl. Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 181. In het Advocatenblad van 10 juni 2011 wordt het erop gehouden dat in ruim 90% van de civiele zaken een comparitie van partijen wordt bevolen. Rammeloo 2011, p. 7.

<sup>58</sup> Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 26.

<sup>59</sup> Boonekamp 2002, p. 43.

<sup>60</sup> Westenberg & Fokker 2004, p. 211.

<sup>61</sup> Waarbij het ook gaat om het voorafgaand aan de procedure gevoerde verweer. Vgl. Ahsmann 2011, p. 51.

<sup>62</sup> Vgl. HR 8 oktober 1999, NJ 1999, 780 en HR 1 december 2000, NJ 2001, 45. Zie voorts Giesen 2001, p. 18, Westenberg & Fokker 2004, p. 42, Ekelmans 2008, p. 7, Stein/Rueb 2007, p. 109, Asser 2012, p. 166, Van Schaick 2012, p. 113 en Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 288. Zie voor zaken waarin de eisende partij niet aan de bedoelde nadere stelplicht had voldaan Ktr. Groningen 19 juli 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX7507, Ktr. Haarlem 19 juli 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX2423 en Ktr. Assen 2 oktober 2012, Prg. 2013, 20. In Ktr. Utrecht 2 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3690 werd wel aan de nadere stelplicht voldaan, zodat de eiser tot bewijslevering kon worden toegelaten.

<sup>63</sup> Bosse 2003, p. 14.

<sup>64</sup> NJ 1997, 451, m.nt. JdB.



procedure zich bevindt, de reeds eerder door hetzij de partij zelf, hetzij de wederpartij in het geding gebrachte gegevens met daarbij de mate waarin de nieuwe feiten het tot dan gevoerde debat naar een ander spoor trekken, en de, mede in het licht hiervan, prima vista (on)aannemelijkheid ervan. Voorts zijn van belang de aard van de vordering, het tijdstip waarop de partij zelf op de hoogte is geraakt van de nieuwe feiten, dan wel andere omstandigheden of redenen die maken dat de partij niet (eerder) de nieuwe feiten heeft kunnen vermelden en toelichten, alsook de vraag binnen de sfeer van welke partij zich de meeste gegevens over de kwestie bevinden. Degene die niet of nauwelijks over gegevens beschikt, zal noodgedwongen weinig kunnen toelichten.<sup>65</sup>

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt wel dat, naast het partijdebat, ook de strekking van een bepaalde norm van invloed kan zijn op de omvang van de stelplicht. In zijn arrest van 10 juni 2011<sup>66</sup> overwoog de Hoge Raad dat als de werkgever ter onderbouwing van zijn verweer, dat hij heeft voldaan aan de in art. 7:658 lid 1 BW genoemde verplichtingen en/of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, voldoende concrete feitelijke gegevens aanvoert, van de werknemer mag worden verwacht dat hij zijn betwisting van dat verweer voldoende concreet motiveert. Echter, aan die motivering mogen, zo vervolgde de Hoge Raad, niet zodanig hoge eisen worden gesteld dat in betekende mate afbreuk wordt gedaan aan de strekking van art. 7:658 lid 2 BW de werknemer door verlichting van zijn processuele positie – ook op het punt van zijn stelplicht – bescherming te bieden tegen de risico's van schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden.

Van Schaick heeft erop gewezen dat de eiser er uit de aard der zaak belang bij heeft om niet meer te stellen dan strikt noodzakelijk is; elke stelling kan tegenspraak en dus discussie uitlokken die tot afwijzing van zijn vordering kan leiden.<sup>67</sup> Ook Van Mierlo en Van Dam-Lely wijzen erop dat teveel stellen riskant kan zijn.<sup>68</sup> Hier staat het belang van de gedaagde tegenover, die juist in de stukken van de eiser zoveel mogelijk wil terugvinden wat hem wordt aangewreven.

---

<sup>65</sup> Zie over dit laatste Hof Den Haag 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR3361. Het hof overwoog (in een familiezaak) dat de vrouw, die over de relevante gegevens beschikte, duidelijkheid diende te verschaffen.

<sup>66</sup> JAR 2011/190 en eerder ook HR 25 mei 2007, NJ 2008, 463. In gelijke zin HR 11 november 2011, JAR 2011/315, m.nt. B. Barentsen.

<sup>67</sup> Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 96 en Van Schaick 2009b, p. 213.

<sup>68</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 627.

Het voldoen aan de stelplicht kan in rechte niet worden afgedwongen,<sup>69</sup> al wordt het niet voldoen aan de stelplicht wel effectief gesanctioneerd.<sup>70</sup> Als de drempel van de stelplicht niet wordt gehaald, kan aan bewijslevering namelijk niet worden toegekomen.<sup>71</sup> Bewijs, zo wordt ook wel gezegd, moet men verdienen.<sup>72</sup> Wanneer een partij een bepaald feit niet heeft gesteld, kan zij dus ook niet tot het bewijs van die stelling worden toegelaten.<sup>73</sup> Het gevolg hiervan is dat wanneer de eisende partij onvoldoende heeft gesteld, dat tot afwijzing van de vordering zal leiden.<sup>74</sup> Alt heeft de stelplicht dan ook niet voor niets beschreven als het fundament van de civiele procedure; slechts indien een partij voldoende heeft gesteld, kan de rechter de vordering of het verzoek ook inhoudelijk behandelen.<sup>75</sup>

Het risico van te weinig stellen is dus dat aan bewijslevering niet kan worden toegekomen.<sup>76</sup> De toepassing van een ingeroepen rechtsregel is immers

---

<sup>69</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 208. Het gaat om een verplichting in de zin van een last. Zie over dit begrip Van der Wiel 2004, p. 11.

<sup>70</sup> Ook Hidma en Rutgers hebben beschreven dat partijen niet verplicht kunnen worden bepaalde stellingen aan te voeren. Zij hebben er wel op gewezen dat de rechter op grond van art. 22 Rv een toelichting van bepaalde stellingen kan vragen of partijen kan bevelen bepaalde op de zaak betrekking hebbende stukken over te leggen. Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 26.

<sup>71</sup> Waarover onder andere Visser 1997, p. 73, Boonekamp 2003, p. 28 en Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 625.

<sup>72</sup> Westenberg & Fokker 2004, p. 209 en Ahsmann 2011, p. 180.

<sup>73</sup> Zie onder andere HR 31 januari 1992, NJ 1992, 319, HR 3 december 2004, NJ 2005, 160, m.nt. MMM, HR 6 januari 2012, RvdW 2012, 93 en HR 23 maart 2012, JAR 2012/113. Zie voor voorbeelden uit de lagere rechtspraak Hof Den Bosch 21 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV6792 en Rb. Arnhem 22 augustus 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX6388. In Ktr. Assen 24 april 2012, Prg. 2012/280 was weliswaar het nodige gesteld, maar de kantonrechter achtte deze stellingen ongeloofwaardig. Om die reden oordeelde hij dat voor bewijslevering geen plaats was.

<sup>74</sup> Waarover onder andere Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 625, Ahsmann 2011, p. 177, alsmede Lewin 2013, p. 8. Overigens heeft Snijders c.s. erop gewezen dat, wanneer de eiser niet aan de op hem rustende stelplicht voldoet, dat ertoe kan leiden dat de dagvaarding nietig wordt verklaard. Dat is echter, ondanks art. 111 lid 2 sub d jo. art. 120 lid 1 Rv zeer ongebruikelijk. Afwijzing van de vordering van de eiser, omdat het gestelde ontoereikend is voor de door hem beoogde rechtsgevolgen, ligt meer voor de hand. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 208. Zie voor een voorbeeld Rb. Amsterdam 27 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX4929, waarin uitdrukkelijk werd geoordeeld dat de vordering (tot een verklaring voor recht) werd afgewezen omdat te weinig was gesteld.

<sup>75</sup> Alt 2009, p. 33. Zie ook Wieten, die erop heeft gewezen dat de rechter in dat geval onvoldoende gegevens heeft om een beslissing te kunnen geven, Wieten 2002, p. 20.

<sup>76</sup> Ter illustratie wijs ik in dit verband op het arrest van het Hof Den Haag van 6 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT2016. Het hof overwoog: 'Bewijsaanbiedingen dienen in beginsel te worden gehonoreerd, en voorts niet te snel te worden gepasseerd op grond

afhankelijk van het bestaan van feiten die het recht voor die toepassing expliciet stelt, dan wel impliciet veronderstelt. Worden die feiten niet duidelijk, dan kan de rechtsregel niet worden toegepast en dient de vordering te worden afgewezen, zo heeft Smits geschreven.<sup>77</sup> Ekelmans heeft in dit verband naar voren gebracht dat de verleiding om een zaak op deze wijze af te doen voor de rechter groot kan zijn, omdat langs deze weg aan bewijslevering door het horen van getuigen valt te ontkomen.<sup>78</sup> Ook Van Schaick heeft erop gewezen dat zich in de feitenrechtspraak de tendens aftekent om, waarschijnlijk onder invloed van de ‘productiedwang’, zaken af te doen op schending van de stelplicht.<sup>79</sup>

#### 4.2.3.1.1 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi

Wat betekent het voorgaande nu voor de toepassing van gezichtspuntencatalogi? Of anders gezegd: maakt het voor het invulling geven aan de stelplicht uit of de voorliggende zaak aan de hand van een catalogus met relevante factoren moet worden beoordeeld en zo ja, welke consequenties heeft dat?

Over de vraag op wie de stelplicht van bepaalde feiten en omstandigheden rust, valt in algemene zin weinig te zeggen. In ieder geval is het feit dat sprake is van een gezichtspuntencatalogus op zichzelf niet van invloed op het antwoord op deze vraag. Per geval zal moeten worden beoordeeld of de eiser of de gedaagde gehouden is bepaalde stellingen naar voren te brengen. Als we, zoals aangekondigd, aansluiten bij de catalogus die de Hoge Raad formuleerde in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet (het arrest Schrijver/Van Essen),<sup>80</sup> dan luidt de conclusie, volgens

---

van een niet-voldoen aan de stelplicht. Uit de hiervoor weergegeven analyse blijkt echter dat ACC zozeer tekort is geschoten in het – nadat Z. telkens specifiek verweer had gevoerd – duidelijk te maken wat Y. dan wel A. Beheer fout had gedaan en waarom zulks als een “ernstig verwijt” dan wel opzet of grove schuld valt te kwalificeren, dat het hof aan bewijslevering niet toekomt.’

<sup>77</sup> Smits 2011, art. 150, aant. C.1.1.

<sup>78</sup> Ekelmans 2008, p. 8.

<sup>79</sup> Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 95. Ahsmann heeft in dit verband naar voren gebracht dat de rechter niet de stelplicht moet oprekken om aan bewijslevering door getuigen te ontkomen. Dat is in strijd met eisen van goede procesorde en het doet het belang van waarheidsvinding tekort, aldus Ahsmann 2011, p. 190. Vgl. ook De Bock 2013, p. 60. Ik wijs in dit verband op HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5369. In dit arrest werd het hof ‘teruggefloten’. De Hoge Raad oordeelde dat de beslissing van het hof om aan het bewijsaanbod voorbij te gaan omdat de stellingen onvoldoende waren onderbouwd, onbegrijpelijk was.

<sup>80</sup> HR 12 februari 1999, JAR 1999/102, waarover uitgebreid in hoofdstuk 6.

vaste rechtspraak van de Hoge Raad,<sup>81</sup> dat de stelplicht rust bij de partij die zich op de dringende reden beroept. In de regel is dat de werkgever.<sup>82</sup> De materiële rechtsregel bij ontslag op staande voet is namelijk dat de partij die overgaat tot opzegging met onmiddellijke ingang schadeplichtig is, tenzij zij dat doet vanwege een dringende reden. In dat geval kan de werknemer geen schadevergoeding vorderen. De dringende reden is dan ook, wat wel wordt genoemd, ‘rechtsverhinderend’, aangezien de werknemer zijn aanspraak op schadeloosstelling verliest wanneer het bestaan van een dringende reden wordt aangenomen.<sup>83</sup> Ook Bosse heeft erop gewezen dat de dringende reden (in art. 7:677 lid 1 BW en art. 6 jo. 9 BBA) is geformuleerd als uitzondering op een schadeplichtig respectievelijk vernietigbaar ontslag, dat in de regel ontstaat wanneer de opzegtermijnen en opzegverboden niet zijn gerespecteerd. De beëindigende partij kan aan deze rechtsgevolgen ontkomen door het bewijs te leveren van een dringende, onverwijld aan de wederpartij medegedeelde reden.<sup>84</sup> Wanneer het de werkgever is die zich op dit rechtsgevolg beroept, ligt het op zijn weg om die feiten en omstandigheden te stellen die maken dat sprake is van een dringende reden die het ontslag op staande voet kan rechtvaardigen.

Het antwoord op de vraag of sprake is van een dringende reden is afhankelijk van de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten, waaronder de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan, de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld en de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben.

Betekent het voorgaande dat het op de weg van de werkgever ligt om al deze factoren te stellen? In beginsel is dat het geval. Immers, de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten kunnen alle van belang zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet en de stelplicht te dien aanzien ligt, zo bleek hierboven, bij de werkgever. Wanneer dit zou worden volgehouden, zou dat tot gevolg hebben dat de werkgever ook de stelplicht heeft ten aanzien van de persoonlijke omstandig-

---

<sup>81</sup> Zie bijvoorbeeld HR 4 december 1981, NJ 1982, 134, HR 14 mei 1982, NJ 1982, 604, HR 4 mei 1984, NJ 1984, 609, HR 13 juni 1986, NJ 1986, 764, HR 26 april 1996, NJ 1996, 609 en HR 27 september 1996, NJ 1997, 42.

<sup>82</sup> De werknemer kan zelf ook ontslag op staande voet nemen (vgl. art. 7:677 jo. 7:679 BW). Een werknemer die zich op het standpunt stelt ontslag te hebben genomen, omdat de werkgever hem een dringende reden heeft gegeven, draagt daarvan de stelplicht. Vgl. Alt 2009, p. 210.

<sup>83</sup> Zie hiervoor Asser 2004a, nr. 376.

<sup>84</sup> Bosse 2003, p. 256.

heden van de werknemer. Die omstandigheden, waaronder de leeftijd van de werknemer en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben, kunnen bewerkstelligen dat (toch) geen sprake is van een dringende reden. Zij kunnen nooit bijdragen aan het oordeel dat wel sprake is van een ontslag op staande voet rechtvaardigende dringende reden. In paragraaf 6.3.6 zullen de persoonlijke omstandigheden van de werknemer dan ook worden gekwalificeerd als bevrijdende gezichtspunten, aangezien deze factoren uitsluitend ten voordele van de werknemer kunnen strekken.<sup>85</sup>

Met zijn arrest in de zaak *L./Wennekes Lederwaren*<sup>86</sup> heeft de Hoge Raad voor wat betreft de stelplichtverdeling met betrekking tot de gezichtspunten bij ontslag op staande voet voor enige verwarring gezorgd. Het feit dat de werkgever, zoals hiervoor is vermeld, de stelplicht heeft ten aanzien van de dringende reden laat zich namelijk niet rijmen met het oordeel van de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.6:

‘Onderdeel 4 klaagt dat de Rechtbank in rov. 5.7 van haar tussenvonnis noch in rov. 8 van haar eindvonnis aandacht heeft besteed aan de persoonlijke omstandigheden van L, zoals haar leeftijd, de duur van de arbeidsverhouding e.d. Het onderdeel faalt, aangezien L noch in eerste aanleg noch in hoger beroep heeft aangevoerd dat de verduistering, zo deze zou komen vast te staan, gelet op de overige omstandigheden van het geval geen dringende reden zou opleveren. De Rechtbank was niet gehouden ambtshalve te onderzoeken of met betrekking tot L omstandigheden bestonden die tot dit oordeel zouden kunnen leiden.’

Op grond van deze overweging rust op de werknemer de stelplicht ter zake van die (persoonlijke) omstandigheden die tot het oordeel kunnen leiden dat geen sprake is van een dringende reden. De werknemer zal in de processtukken, hoe minimaal ook, moeten stellen dat persoonlijke omstandigheden aan het aannemen van een dringende reden in de weg staan.<sup>87</sup> Ook Jakimowicz en Disselkoen hebben erop gewezen dat de werknemer de hem betreffende persoonlijke omstandigheden zelf naar voren dient te brengen.<sup>88</sup>

Alt heeft zich in zijn proefschrift eveneens op het standpunt gesteld dat de werkgever niet ten aanzien van alle gezichtspunten de stelplicht heeft. Alt komt echter tot een iets andere verdeling. Naar zijn oordeel rust op de werkgever

---

<sup>85</sup> Zie ook paragraaf 2.4.5.

<sup>86</sup> HR 27 april 2001, JAR 2001/95. Zie ook NJ 2001, 421, m.nt. PAS.

<sup>87</sup> Van Drongelen 2007, p. 195.

<sup>88</sup> Jakimowicz & Disselkoen 2007, p. 104.

de stelplicht ten aanzien van de aard en ernst van hetgeen hij als dringende reden aanmerkt, alsmede van de aard van de dienstbetrekking (de gezichtspunten 1 en 2). Volgens Alt is het aan de werknemer die op staande voet is ontslagen om in het kader van zijn verweer te stellen dat de overige drie gezichtspunten (de duur van het dienstverband, de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld en de persoonlijke omstandigheden) aan een rechtsgeldig ontslag op staande voet in de weg staan.<sup>89</sup>

Ik zou het standpunt van Alt kunnen volgen indien het zo is dat de gezichtspunten 3 tot en met 5 alle een bevrijdend karakter zouden hebben, maar dat is niet het geval. De duur van het dienstverband en de wijze waarop de werknemer daaraan invulling heeft gegeven kunnen namelijk zeer wel bijdragen aan het oordeel dat de werkgever moet worden gevolgd in zijn betoog dat sprake is van een dringende reden. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Den Haag van 11 februari 2005.<sup>90</sup> Het hof overwoog dat de werknemer mede gelet op zijn leeftijd (37 jaar) en zijn lange dienstverband geacht mocht worden de ernst van de risico's ter bescherming waartegen het rookverbod (in een petroleumhaven) is gegeven ten volle te onderkennen en zich daarnaar te kunnen gedragen. Uit onder meer de duur van de dienstbetrekking heeft het hof afgeleid dat van de werknemer het nodige mocht worden verwacht ter zake van de naleving van veiligheidsvoorschriften. Van een bevrijdend gezichtspunt was voor deze werknemer dus geen sprake. In paragraaf 6.3.4 zal nader aan de orde komen dat de duur van het dienstverband ook ten nadele van de werknemer kan uitpakken.

Ook het gegeven dat de werknemer al vaker in de fout was gegaan (en wellicht ook al gewaarschuwd was) kan een relevante factor zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Indien dergelijke omstandigheden zich voor doen, is het aan de werkgever daarop de aandacht te vestigen. Dat doet er vanzelfsprekend niet aan af dat, wanneer sprake is van een onbesproken vervulling van de dienstbetrekking, de werknemer dat ter onderbouwing van zijn verweer – en dus ter betwisting van de stelling van de werkgever, dat sprake is van een dringende reden – naar voren kan brengen.

Het gaat mij dus te ver om de stelplicht ten aanzien van de gezichtspunten 3 tot en met 5 zonder meer bij de werknemer neer te leggen. Voor wat betreft de persoonlijke omstandigheden van de werknemer heb ik daar geen problemen mee, aangezien die uitsluitend een bevrijdend karakter kunnen hebben. Dat geldt niet voor de duur van het dienstverband en de wijze waarop

---

<sup>89</sup> Alt 2009, p. 212-213.

<sup>90</sup> JAR 2005/114, r.o. 7.1.

de werknemer zijn taken heeft vervuld. Dat zijn gezichtspunten die zowel een bevrijdend, als een belastend karakter<sup>91</sup> kunnen hebben. Partijen dienen dan ook te bezien welke invulling aan de gezichtspunten moet worden gegeven. Daarop moeten zij vervolgens hun stellingen afstemmen. Bij ontslag op staande voet-zaken brengt dit met zich mee dat de werkgever de stelplicht heeft van de belastende gezichtspunten en de werknemer van de (hem) bevrijdende feiten en omstandigheden.

Ik realiseer mij dat het zo kan zijn dat één en hetzelfde gezichtspunt door beide partijen aan de vordering respectievelijk het verweer ten grondslag kan worden gelegd, waarbij die factor door de werknemer en werkgever op een andere wijze wordt ingekleurd. Dat zou zich bijvoorbeeld voor kunnen doen met betrekking tot de duur van het dienstverband. Betoogd zou kunnen worden dat een werknemer met een lang dienstverband als geen ander op de hoogte is van het reilen en zeilen binnen de onderneming van de werkgever, zodat van hem ook het nodige mag worden verwacht, bijvoorbeeld ten aanzien van het in acht nemen van veiligheidsvoorschriften (zoals in het genoemde arrest van het Hof Den Haag van 11 februari 2005). Maar ook kan het standpunt worden verdedigd dat een werknemer die al lang bij de werkgever in dienst is, juist extra (ontslag)bescherming verdient. Hetzelfde gezichtspunt kan dus op verschillende manieren worden uitgelegd. Het is dan aan de rechter, die de relevante factoren moet (af)wegen, om een beslissing te nemen.

In het kader van de (omvang van de) stelplicht is voorts van belang dat gezichtspuntencatalogi vrijwel nooit (geheel) imperatief zijn. Dat betekent dat gezichtspunten over het algemeen voor de door de rechter te maken beoordeling van belang kunnen, maar niet per se hoeven te zijn. Dat brengt met zich dat ook niet kan worden aangenomen dat partijen gehouden zijn op alle in een bepaalde catalogus genoemde factoren in te gaan. In de praktijk zien we dan ook dat de rechter vaak niet alle gezichtspunten in de beschouwing betreft. Hij is daarvoor afhankelijk van hetgeen partijen al dan niet hebben gesteld en bij gebreke van op de gezichtspunten afgestemde stellingen zal de rechter daar niet ambtshalve op in mogen gaan. Bij ontslag op staande voet-zaken is dat niet anders.<sup>92</sup> De zaken waarin alle (vijf) gezichtspunten uit het arrest Schrijver/Van Essen aan de orde komen zijn ver in de minderheid.<sup>93</sup> Ten aanzien van niet-imperatieve gezichtspunten kan dan ook geen schending van de stelplicht worden aangenomen, indien de partij, op wie de stelplicht rust, geen aandacht aan die factoren heeft

---

<sup>91</sup> Zie paragraaf 2.4.5.

<sup>92</sup> Alt 2009, p. 213. Zie in dit verband ook paragraaf 4.3.

<sup>93</sup> Quist 2007b, p. 295, alsmede paragraaf 6.3.1.

besteed. Dat kan mogelijk wel ten aanzien van gezichtspunten die wel een imperatief karakter hebben en die dus zonder meer van belang zijn voor de door de rechter te maken beoordeling. De dringende reden-catalogus is een voorbeeld van een gezichtspuntencatalogus met een gedeeltelijk imperatief karakter. De Hoge Raad overwoog in het arrest Schrijver/Van Essen namelijk dat het eerste gezichtspunt (de aard en ernst van de door de werkgever gestelde dringende reden) door de rechter in zijn beoordeling *behoort* te worden betrokken. De werkgever is dus gehouden zich over dit gezichtspunt uit te laten. Dat ligt ook voor de hand, aangezien de rechter geen oordeel zal kunnen geven over een verleend ontslag op staande voet zonder daarbij in te gaan op de aard en ernst van de feiten die de werkgever de werknemer verwijt en welke feiten aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd. De werkgever moet dus stellen welke feiten en omstandigheden aan het ontslag op staande voet ten grondslag liggen en waarom deze voldoende ernstig zijn om tot onmiddellijke beëindiging van het dienstverband te mogen overgaan. Voldoet de werkgever niet aan zijn stelplicht ten aanzien van dit gezichtspunt, dan zal de rechter tot het oordeel (moeten) komen dat de dringende reden niet is komen vast te staan (en dat voor nadere bewijslevering ook geen plaats is), hetgeen zeer waarschijnlijk tot toewijzing van de vordering(en) van de werknemer zal leiden. Kortom, voor het bepalen van de omvang van de stelplicht is ook van belang te beoordelen of men al dan niet met imperatieve gezichtspunten van doen heeft.

In het voorgaande kwam reeds aan de orde dat partijen op die wijze invulling aan de stelplicht moeten geven dat voor de rechter duidelijk is welke stellingen aan hem ter beoordeling worden voorgelegd en dat het voor de wederpartij duidelijk is waartegen zij zich heeft te verweren. Dat betekent naar mijn oordeel dat de werkgever niet kan volstaan met het uitsluitend noemen van bijvoorbeeld de aard van de functie van de werknemer en de duur van het dienstverband. De rechter kan niet zoveel met de stelling dat de werknemer binnen het bedrijf van de werkgever een toezichthoudende functie had en dat de werknemer daar al 30 jaar werkzaam was. Deze ‘blote’ feiten zeggen namelijk niet zoveel en voor de rechter zal dan ook niet duidelijk zijn *op welke wijze* de genoemde factoren een dringende reden kunnen rechtvaardigen. De stelplicht van de werkgever brengt dan ook mee dat hij aangeeft *waarom* deze omstandigheden het ontslag op staande voet rechtvaardigen. Met andere woorden: de gezichtspunten moeten niet alleen worden genoemd, maar moeten ook van handen en voeten worden voorzien. Dan pas zal ook voor de werknemer duidelijk zijn waartegen hij zich precies moet verweren.



Ik roep in herinnering dat, zoals in hoofdstuk 2 uiteengezet is, gezichtspunten-catalogi nimmer limitatief zijn.<sup>94</sup> Dat betekent dat ook feiten en omstandigheden die geen onderdeel uitmaken van een door de Hoge Raad geformuleerde lijst met relevante omstandigheden voor de beoordeling van de voorliggende zaak van belang kunnen zijn. Niet voor niets wordt een gezichtspunten-catalogus vaak voorafgegaan door de overweging dat ‘het antwoord op de vraag of ... afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval’. De stelplicht kan naar mijn oordeel geen betrekking hebben op deze overige relevante omstandigheden. Immers, die gezichtspunten maken geen onderdeel uit van het materiële recht, waaruit de inhoud van de stelplicht doorgaans wordt afgeleid. Wel moet worden bedacht dat wanneer andere gezichtspunten van belang worden geacht, die ook daadwerkelijk naar voren moeten worden gebracht. De rechter mag namelijk geen rekening houden met weliswaar relevante, maar niet gestelde feiten.<sup>95</sup>

De stelling dat partijen er vanuit tactische overwegingen verstandig aan kunnen doen niet meer te stellen dan strikt noodzakelijk is, is in het kader van de toepassing van gezichtspunten-catalogi toch wat problematisch te noemen. Want hoe weten partijen nu precies wanneer zij voldoende gezichtspunten en eventuele andere omstandigheden hebben gesteld om het voor de rechter mogelijk te maken een beslissing (in hun voordeel) te nemen? Omdat de stelplicht in zaken waarin een gezichtspunten-catalogus aan de orde is, niet vastomlijnd is, moeten partijen in ieder geval niet te weinig stellen. Omdat de rechter, zo komt nog aan de orde, ten aanzien van de relevante feiten en factoren (in beginsel) zelf geen onderzoek zal kunnen doen, zal de rechter van voldoende informatie moeten worden voorzien. Aan de andere kant moet worden bedacht dat ieder gezichtspunt discussie kan uitlokken die er mogelijk toe kan leiden dat de desbetreffende partij door de rechter niet in haar betoog wordt gevolgd. Zo zou de werkgever, ter onderbouwing van zijn standpunt dat sprake is van een dringende reden, naast de in de catalogus genoemde gezichtspunten, nog tal van andere omstandigheden kunnen aanvoeren, maar de werknemer kan ten aanzien van die aspecten verweer voeren, hetgeen het risico meebrengt dat de rechter het standpunt van de werknemer zal volgen. In zaken waarin op voorhand niet duidelijk is wat de precieze inhoud en omvang van de stelplicht is, zal de partij, op wie die plicht rust, enerzijds de rechter in voldoende mate moeten informeren (vgl. ook art. 21 Rv), maar anderzijds moeten voorkomen dat zij wordt ‘afgerekend’ op aanvullende stellingen. Op zoek naar het evenwicht derhalve.

---

<sup>94</sup> Paragraaf 2.4.1.1.

<sup>95</sup> Giesen 2001, p. 23.

#### 4.2.3.2 Fase 2: betwisten

Nadat de inleidende dagvaarding is aangebracht, is het aan de gedaagde (die verweer wenst te voeren) om door middel van een conclusie van antwoord te reageren op de vordering(en) van de eiser en de daaraan ten grondslag liggende stellingen. In zaken waarin de kamer voor civiele zaken van de rechtbank bevoegd is, dient de conclusie van antwoord op schrift te worden gesteld en ter rolle te worden genomen (art. 82 lid 3 Rv).<sup>96</sup> Bij de kantonrechter, bij wie in arbeidsrechtelijke zaken veelal wordt geprocedeerd (art. 93 aanhef en sub c Rv)<sup>97</sup> kan het antwoord van de gedaagde ook mondeling ter terechtzitting worden genomen (art. 82 lid 2 Rv). In dat geval maakt de griffier aantekeningen van hetgeen door of namens de gedaagde naar voren wordt gebracht en zendt afschrift daarvan aan de betrokken procespartijen.<sup>98</sup> Uiteraard is het ook bij de kantonrechter steeds mogelijk een schriftelijke conclusie van antwoord te nemen.

In art. 128 lid 2 Rv is voorgeschreven dat de conclusie van antwoord met redenen omkleed is.<sup>99</sup> Dat betekent dat de gedaagde niet zal kunnen volstaan met een blote ontkenning van de juistheid van de stellingen van de eiser. De gedaagde dient om niet-ontvankelijkheid van de eisende partij dan wel afwijzing van haar vordering(en) te bewerkstelligen uiteen te zetten wat de grondslag van zijn verweer is en hoe in zijn lezing de feiten zijn. Daarbij dient hij ook aan te geven hoe hij deze lezing denkt te kunnen bewijzen (art. 128 lid 5 Rv).<sup>100</sup> Van den Reek heeft in dit verband geschreven dat zowel de eiser als de rechter aanspraak heeft op een zekere hoeveelheid informatie van de zijde van de gedaagde, opdat zij hun rol in de procedure naar behoren kunnen vervullen.<sup>101</sup>

De gedaagde kan bij antwoord zowel exceptieve als principale verweren aanvoeren. Exceptieve verweren zijn, zo volgt uit rechtspraak van de Hoge Raad, verweren die ertoe strekken dat de rechter op grond van regels van

---

<sup>96</sup> Zie voor nadere voorschriften hoofdstuk 2 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken, zoals te raadplegen via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>97</sup> Zie voor een uitzondering art. 2:241 BW met betrekking tot de statutair bestuurder van een vennootschap.

<sup>98</sup> Zo volgt uit art. 2.6 van het Landelijk procesreglement voor de civiele rol van de kantonsectoren, dat eveneens via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) kan worden geraadpleegd.

<sup>99</sup> Van Schaick heeft geschreven dat de wet weinig eisen stelt aan de conclusie van antwoord en dat de wel gestelde eisen, anders dan bij de dagvaarding, niet op straffe van nietigheid in acht moeten worden genomen. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 68.

<sup>100</sup> Sijmonsma 2011, p. 157.

<sup>101</sup> Van den Reek 1997, p. 17.

processuele aard niet aan een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil kan toekomen.<sup>102</sup> Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan de exceptie van onbevoegdheid van de rechter, een beroep op de nietigheid van de dagvaarding, een beroep op het ontbreken van de bevoegdheid als procespartij op te treden, een beroep op (appel)termijnoverschrijding en een beroep op berusting.<sup>103</sup> Alle niet-exceptieve verweren zijn principale verweren. Daarbij gaat het om verweren met een inhoudelijk karakter, zoals bijvoorbeeld het verweer dat sprake is van een dringende reden en de werkgever mitsdien onverwijld tot opzegging van de arbeidsovereenkomst kon overgaan, dat de (loon)vordering van de werknemer verjaard is, etc.

Dit onderscheid is van groot belang in verband met het in art. 128 lid 3 Rv neergelegde beginsel van concentratie van verweer. Dit artikel bepaalt dat de gedaagde alle excepties en zijn antwoord ten principale tegelijk naar voren brengt, op straffe van verval van de niet aangevoerde excepties en, indien niet ten principale is geantwoord, van het recht om dat alsnog te doen. Dit betekent dat wanneer een bepaalde exceptie niet bij conclusie van antwoord is ingeroepen, de gedaagde dat in een later stadium ook niet meer kan doen.<sup>104</sup> Nieuwe principale verweren mogen in een later stadium nog wel naar voren worden gebracht, mits in de conclusie van antwoord maar enig principaal verweer is gevoerd. Is daarvan geen sprake, dan mag in dezelfde instantie niet alsnog inhoudelijk verweer worden gevoerd. Pas in hoger beroep staat dan de mogelijkheid tot het voeren van principaal verweer weer open. Dat geldt echter niet met betrekking tot verweren die als gedekt moeten worden beschouwd, zo volgt uit art. 348 Rv. Van een gedekt verweer is sprake indien uit de proceshouding in eerste aanleg ondubbelzinnig blijkt dat het verweer is prijsgegeven.<sup>105</sup>

Het is dus aan te bevelen dat de gedaagde zijn verweren, van welke aard dan ook, zoveel mogelijk in de conclusie van antwoord vastlegt. Hierbij moet worden bedacht dat de kans aanwezig is dat deze conclusie het enige

---

<sup>102</sup> HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 374, waarover onder andere Sijmonsma 2011, p. 160 en Venhuizen 2011, p. 252.

<sup>103</sup> Heemskerk 2003, p. 212-213.

<sup>104</sup> Een uitzondering geldt voor de zogenoemde exceptie van beraad (art. 128 lid 4 Rv). Zie daarover onder andere Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 64 en Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 68.

<sup>105</sup> HR 19 januari 1996, NJ 1996, 709, m.nt. HJS en HR 19 september 2003, NJ 2004, 20. Vgl. Hovens 2005, nr. 316, Stein/Rueb 2007, p. 100 en 219, Wendels/Snijders 2009, nr. 198 e.v. en Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009, nr. 169.

schriftelijke stuk van de gedaagde is.<sup>106</sup> In beginsel wordt namelijk geen gelegenheid (meer) geboden om te re- en dupliceren, maar volgt na antwoord een comparitie van partijen (art. 131 Rv). Uitsluitend indien het beginsel van hoor en wederhoor, zoals vastgelegd in art. 19 Rv, of een goede instructie van de zaak dat noodzakelijk maakt, kan daarna nog gelegenheid worden geboden voor het nemen van een conclusie van repliek respectievelijk conclusie van dupliek (art. 132 lid 2 Rv). Dit gegeven noopt dus tot grote voorzichtigheid bij het opstellen van de conclusie van antwoord.<sup>107</sup> Het (processuele) standpunt van de gedaagde moet daarin zo duidelijk en volledig mogelijk uiteen worden gezet.<sup>108</sup> Van Mierlo en Van Dam-Lely hebben in dit verband geschreven dat de gedaagde niet al te zuinig moet zijn met het aanvoeren van materiële verweren.<sup>109</sup>

Met het door de gedaagde naar voren gebrachte verweer dient hetgeen de eiser in de inleidende dagvaarding heeft gesteld zoveel als mogelijk te worden weersproken. Betwist de gedaagde de stellingen van de eiser niet of onvoldoende, dan zal de rechter, gelet op art. 149 lid 1 Rv, deze stellingen als vaststaand aannemen.<sup>110</sup> Het feitelijke debat op het onvoldoende betwiste punt is dan ten einde.<sup>111</sup> Van der Wiel heeft er in zijn proefschrift op gewezen dat de rechter wel een zekere beslissingsvrijheid heeft, aangezien hij, in plaats van het verweer van de gedaagde als onvoldoende gemotiveerd ter zijde te schuiven en de vordering van eiser toe te wijzen, er voor kan<sup>112</sup> kiezen om op de voet van art. 22 Rv om nadere informatie te verzoeken.<sup>113</sup>

Op de gedaagde rust dus de plicht, of beter: de last,<sup>114</sup> de stellingen van de eiser te betwisten. De vraag is hoever de gedaagde hierin moet gaan. Over het algemeen wordt aangenomen dat een globale ontkenning,<sup>115</sup> vaak aan het begin

---

<sup>106</sup> Waarover Van der Wiel 2004, nr. 247 en Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 64.

<sup>107</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 144.

<sup>108</sup> Stein/Rueb 2007, p. 107.

<sup>109</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 291.

<sup>110</sup> Zie hierover Veegens 1973, p. 35, Van der Nat-Verhage 1988, p. 3, Van den Reek 1997, nr. 9, Asser 2004a, nr. 23, Van der Wiel 2004, nr. 246, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 144 en 206, Stein/Rueb 2007, p. 109, Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 78, Alt 2009, p. 35, Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 68 en Asser 2011a, p. 218.

<sup>111</sup> Giesen 2001, p. 44.

<sup>112</sup> Het gaat hier om een discretionaire bevoegdheid, zo schreef A-G Langemeijer in zijn conclusie van 21 juni 2013, gepubliceerd onder ECLI:NL:PHR:2013:36.

<sup>113</sup> Van der Wiel 2004, nr. 251.

<sup>114</sup> Van der Wiel 2004, nr. 246.

<sup>115</sup> Zoals bijvoorbeeld: Gedaagde ontkent en betwist al hetgeen eiser bij dagvaarding heeft gesteld, behoudens een uitdrukkelijke erkenning in het hiernavolgende.

van de conclusie van antwoord, niet voldoende is.<sup>116</sup> Datzelfde geldt voor een zogenoemde blote ontkenning, dat wel zeggen het ontkennen van een stelling van de eisende partij zonder die ontkenning te motiveren. Ook in zo'n geval zal niet worden aangenomen dat de gedaagde de desbetreffende stelling(en) voldoende gemotiveerd heeft betwist.<sup>117</sup>

Wat is dan wel voldoende? Op die vraag kan in algemene zin geen antwoord worden gegeven, omdat dit namelijk (ook hier) afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Een relevante factor (of gezichtspunt zo men wil) in dit verband is in ieder geval de mate waarin de eiser zijn stelling heeft gemotiveerd en gespecificeerd.<sup>118</sup> De gedaagde dient, aldus Van Mierlo en Van Dam-Lely, in de conclusie van antwoord even specifiek te zijn als de eiser in zijn dagvaarding.<sup>119</sup> Dat betekent dat hoe gespecificeerder wordt gesteld, hoe gespecificeerder moet worden betwist.<sup>120</sup> Bij het bepalen van de omvang van de motiveringsplicht van de betwisting wordt ook wel gekeken naar de kennis van de gedaagde. Als vuistregel geldt namelijk dat naarmate de gedaagde meer van de zaak afweet, hij zijn betwisting van de stellingen van de eiser beter c.q. uitvoeriger moet motiveren.<sup>121</sup> Wanneer een toelichting op de feiten beter door de gedaagde dan door eiser kan worden verstrekt, kan de gedaagde niet volstaan met een niet gemotiveerde ontkenning.<sup>122</sup> Veegens schreef in dit verband dat een blote 'ontkennis' van de gestelde feiten in gevallen waarin redelijkerwijs van de ontkennende partij een motivering van haar eigen lezing mag worden verwacht, als ongemotiveerd en dus als niet beantwoordend aan de wet ter zijde wordt gesteld.<sup>123</sup> Dat impliceert overigens dat wanneer de gedaagde niet kan weten of de stellingen van de eiser wel of niet juist zijn, het redelijk voorkomt ook geen uitgebreide motivering te verwachten.<sup>124</sup> Onder omstandigheden zal de

---

<sup>116</sup> Westenberg & Fokker 2004, p. 46, Stein/Rueb 2007, p. 108 en Ahsmann 2011, p. 153.

<sup>117</sup> Van der Wiel 2004, nr. 235, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 145, Thoe Schwartzberg 2008, p. 25 en Asser 2011a, p. 219.

<sup>118</sup> Westenberg & Fokker 2004, p. 47.

<sup>119</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 303.

<sup>120</sup> Thoe Schwartzberg 2008, p. 25.

<sup>121</sup> Stein/Rueb 2007, p. 109. In gelijke zin Thoe Schwartzberg 2008, p. 25.

<sup>122</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 304.

<sup>123</sup> Veegens 1973, p. 37.

<sup>124</sup> Ik wijs in dit verband ook op de conclusie van A-G Vranken voor HR 3 januari 1997, NJ 1997, 451, m.nt. JdB, waarin Vranken schreef dat de omvang van een op een partij rustende stelplicht ook afhangt van het antwoord op de vraag binnen de sfeer van welke partij zich de meeste gegevens over de kwestie vinden. Hij voegde daaraan toe dat degene die niet of nauwelijks over gegevens beschikt, noodgedwongen weinig zal kunnen toelichten.

gedaagde wellicht kunnen volstaan met een ontkenning bij gebrek aan wetenschap.<sup>125</sup>

Een voorbeeld van een geval waarin niet kon worden volstaan met een blote ontkenning biedt het arrest van de Hoge Raad van 10 augustus 1990.<sup>126</sup> In de zaak die tot dit arrest aanleiding gaf had de werkgever de werknemer op staande voet ontslagen. De werknemer had zich tegen het einde van zijn vakantie in Marokko schriftelijk ziek gemeld. De werkgever zond verschillende aangetekende brieven aan het adres van de werknemer in Marokko. De laatste brief hield een bevestiging in van het op diezelfde dag verzonden telegram waarin aan de werknemer werd medegedeeld dat hij op staande voet ontslagen was. De aangetekende brieven zijn aan de werkgever geretourneerd. In de onderhavige zaak ging het om de vraag of de werknemer de nietigheid van het ontslag binnen de door art. 9 lid 2 (thans lid 3) BBA bepaalde termijn van zes maanden had ingeroepen. Daarvoor moest worden vastgesteld op welke datum de werkgever de werknemer op staande voet had ontslagen.

In deze zaak stond vast dat de aangetekende brieven door de werkgever waren verzonden aan het door de werknemer opgegeven adres in Marokko. De Hoge Raad overwoog dat in een dergelijk geval de werkgever door middel van gegevens die hij, als afzender van de brief, van de postbode zal kunnen verkrijgen omtrent de gang van zaken bij de aanbidding van aangetekende brieven in het land van ontvangst en omtrent hetgeen zich ter zake van de brief waarom het gaat, redelijkerwijs moet hebben voorgedaan, aannemelijk moet maken dat de aanbidding op het betreffende adres op de daartoe voorgeschreven wijze heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat als maatstaf moet worden aangenomen dat, zo de aanbidding van de aangetekende brief aannemelijk is gemaakt, daarmee in beginsel komt vast te staan dat de brief de werknemer heeft bereikt of zich een geval voordoet dat met een zodanig bereiken gelijk moet worden gesteld. Ten aanzien van de positie van de werknemer oordeelde de Hoge Raad dat de werknemer, die betwist een aangetekende brief te hebben ontvangen waarvan aannemelijk is dat aanbidding op zijn aan de werkgever opgegeven adres heeft plaatsgevonden, niet kan volstaan met de enkele ontkenning die brief te hebben ontvangen. De werknemer zal die ontkenning nader moeten motiveren, in het bijzonder, zo

---

<sup>125</sup> Zie hierover Van der Wiel 2004, nr. 248.

<sup>126</sup> NJ 1991, 229. Zie voor een (recenter) voorbeeld uit de lagere rechtspraak Hof Den Haag 29 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU6282.

voegde de Hoge Raad toe, op het punt welke maatregelen hij heeft genomen opdat op het opgegeven adres aangeboden stukken hem zouden bereiken.<sup>127</sup>

Een voorbeeld van een uitspraak waarin onvoldoende gemotiveerd werd ontkend biedt ook het vonnis van de Rechtbank Maastricht van 22 januari 2003.<sup>128</sup> De rechtbank overwoog in deze uitspraak, waarin een kennelijk onredelijk ontslagvordering ter beoordeling voorlag, dat partijen van mening verschillen over de vraag of de gevolgen voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging.<sup>129</sup> De werknemer had betwist dat er een bedrijfseconomische of financiële noodzaak voor zijn ontslag was en dat de werkgever niet in staat was een financiële voorziening voor hem te treffen. Daarover oordeelde de rechtbank dat, gelet op de gemotiveerde stelling van de werknemer, dat er geen (bedrijfseconomische) noodzaak voor zijn ontslag bestond, de werkgever onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat het ontslag kennelijk onredelijk was. De rechtbank vervolgde dat het, in verband met de stellingen van de werknemer, op de weg van de werkgever had gelegen om de nodige feitelijke gegevens te verschaffen omtrent haar economische situatie ter staving van zijn belang bij de opzegging en zijn onvermogen voor de werknemer een financiële voorziening te treffen. Dat zijn gegevens die nu eenmaal meer in de sfeer van de werkgever dan in de sfeer van de werknemer liggen, zodat ter zake van de werkgever het nodige mag worden verwacht.

Onder omstandigheden, wordt van de gedaagde (nog) meer verwacht dan een gemotiveerde betwisting. In de rechtspraak is in verschillende zaken geoordeeld dat op de gedaagde een verzwaarde stelplicht rust. Hoewel ‘verzwaarde motiveringsplicht’ hier wellicht een betere term is,<sup>130</sup> gaat het erom dat tegemoet wordt gekomen aan de bezwaren van een bepaalde bewijslastverdeling.<sup>131</sup> Om voorzienbare bewijsnood en het daarmee samenhangende bewijsrisico van de eiser te verlichten wordt soms van de gedaagde verlangd dat hij zijn verweer

<sup>127</sup> Zie in dit kader ook HR 4 juni 2004, NJ 2004, 411. De Hoge Raad overwoog dat de rechtsopvatting, dat een juiste adressering en aangetekende verzending van een brief op zichzelf voldoende aannemelijk maken dat de brief (tijdig) aan de geadresseerde is aangeboden, onjuist is. De afzender van een aangetekende brief dient, wanneer de geadresseerde stelt dat de brief hem niet (tijdig) heeft bereikt, te bewijzen dat hij de brief aangetekend en naar het juiste adres heeft verzonden en hij dient bovendien de (tijdige) correcte aanbidding aan de geadresseerde aannemelijk te maken.

<sup>128</sup> ECLI:NL:RBMAA:2003:AF3685.

<sup>129</sup> Vgl. art. 7:681 lid 2 aanhef en sub b BW.

<sup>130</sup> Vgl. Klaassen 2012, p. 9. Zie ook Ahsmann 2011, p. 59. Omdat het begrip verzwaarde stelplicht is ‘ingeburgerd’ zal ik dat (blijven) gebruiken.

<sup>131</sup> Waarover nader in de volgende paragraaf.

zodanig motiveert, en eventueel met stukken onderbouwt, dat hij de eiser aanknopingspunten verschaft voor eventuele bewijslevering.<sup>132</sup> Op deze wijze worden dus nadere (en extra zware)<sup>133</sup> eisen gesteld aan het verweer van de gedaagde,<sup>134</sup> waarmee de gevolgen van de toedeling van het bewijsrisico aan één van de partijen kunnen worden verzacht.<sup>135</sup>

Een klassiek voorbeeld van toepassing van de verzwaarde stelplicht is het zogenoemde Heupoperatie-arrest.<sup>136</sup> De Hoge Raad stelde in dit arrest voorop dat de stelling dat, wanneer een arts tot schadevergoeding wordt aangesproken in verband met een door hem verrichte operatie, de bewijslast niet op de patiënt maar op de arts rust, in haar algemeenheid niet opgaat. Dat betekent dat de patiënt zal moeten stellen (en zonodig bewijzen) dat de arts een kunstfout heeft gemaakt. Wel kan, zo overwoog de Hoge Raad vervolgens, van de arts worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt teneinde de patiënt aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.<sup>137</sup>

Ook in het arbeidsrecht wordt de verzwaarde stelplicht toegepast, zoals bij het kennelijk onredelijk ontslag. In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 25 april 1986<sup>138</sup> stelde de werknemer dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk was, omdat de opgegeven ontslagreden ‘vals’ was. De Hoge Raad overwoog:

‘De ontslagen werknemer die zijn werkgever tot schadevergoeding aanspreekt op de grond dat laatstgenoemde de dienstbetrekking kennelijk onredelijk heeft doen eindigen, draagt in geval van tegenspraak de bewijslast van zijn stellingen. Dat wordt niet anders in het geval (...) de grondslag van de vordering bestaat

---

<sup>132</sup> Zie hierover Van den Reek 1997, p. 22, die schreef dat het merkenrecht de bakermat van de verzwaarde stelplicht is.

<sup>133</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 635.

<sup>134</sup> Asser 2011a, p. 232.

<sup>135</sup> Giesen 2001, p. 39-40. Smits heeft het aldus verwoord: ‘Deze methode wordt toegepast in gevallen waarin een zo ernstige verstoring van het processuele evenwicht dreigt dat de realisering van het materiële recht in gevaar komt.’ Smits 2011, art. 150, aant. C.2.13.

<sup>136</sup> HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, m.nt. WLH (Timmer/Deutman).

<sup>137</sup> Zie ook HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335. Voor toepassing in de lagere rechtspraak wijs ik op Rb. Zwolle-Lelystad 16 februari 2005, NJF 2005, 190 (waarin werd geoordeeld dat het aangesproken ziekenhuis niet aan de verzwaarde stelplicht had voldaan) en Rb. Breda 22 juni 2005, NJF 2005, 304 (waarin dat wel het geval was).

<sup>138</sup> NJ 1986, 624. Uit HR 12 mei 1989, NJ 1989, 596, volgt dat (ook) bij kennelijk onredelijk ontslag in de omstandigheden van het geval aanleiding kan worden gevonden om niet de werknemer, maar de werkgever met het bewijs te belasten. Anders dan bij toepassing van de verzwaarde stelplicht gaat het bewijsrisico dan wel op de werkgever over.



uit de stelling dat de opgegeven ontslagreden “vals” is, in de zin van niet bestaand. Teneinde tegemoet te kunnen komen aan de bezwaren die in het laatste geval aan zodanige bewijslevering verbonden kunnen zijn, kan evenwel van de werkgever worden gevergd dat hij bij zijn betwisting van de stellingen van de werknemer voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter staving van de opgegeven ontslagreden om de werknemer voor zijn bewijslevering aanknopingspunten te verschaffen.’

De vraag welke gevolgen de rechter kan verbinden aan het niet voldoen aan de verzwaarde stelplicht kwam aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 15 december 2006.<sup>139</sup> In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat het in beginsel aan het beleid van de feitenrechter is overgelaten welke sanctie hij in de gegeven omstandigheden passend acht indien een partij op wie een verzwaarde stelplicht rust, daaraan niet voldoet. De Hoge Raad vervolgde dat het in de regel meer voor de hand zal liggen dat de rechter de bewijslast niet omkeert, maar de stellingen van de partij op wie de bewijslast rust hetzij als onvoldoende betwist, op de voet van art. 149 lid 1 Rv als vaststaand aanneemt, hetzij deze stellingen voorshands bewezen acht behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaarde stelplicht rust.

Wanneer de rechter de bewijslast niet omkeert, maar één van de andere genoemde mogelijkheden toepast, brengt dat geen verschuiving van het bewijsrisico met zich. Het is en blijft de eiser die zijn stellingen zal moeten bewijzen en hij draagt dan ook het bewijsrisico. Echter, bij de verzwaarde stelplicht zal minder snel worden aangenomen dat de gedaagde de stellingen van eiser voldoende gemotiveerd heeft betwist. Het gevolg daarvan is dat die stellingen eerder als vaststaand zullen worden aangenomen, waardoor aan bewijslevering niet meer wordt toegekomen. De rechter dient in dit verband bij de beoordeling of de gedaagde aan de verzwaarde stelplicht heeft voldaan de vraag te beantwoorden of de door de gedaagde verschaft feitelijke gegevens voldoende ter zake dienend en concreet zijn om de eiser aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen, in die zin dat de eiser in staat wordt gesteld te beoordelen op welk punt hij zijn eventuele bewijslevering moet richten.<sup>140</sup> Indien de gedaagde wel tot het leveren van tegenbewijs wordt toegelaten (omdat de rechter de stellingen van de eiser op voorhand bewezen acht), en de gedaagde slaagt hierin, dan kan dat alsnog tot afwijzing van de vordering van de eiser aanleiding geven. Uit voornoemd arrest van de Hoge

<sup>139</sup> NJ 2007, 203, m.nt. M.R. Mok.

<sup>140</sup> Zie, onder verwijzing naar HR 20 april 2007, JOL 2007, 279 en HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335, Asser 2011a, p. 232.

Raad volgt dat het niet voldoen aan de verzwaarde stelplicht ook reden kan zijn om de bewijslast om te keren.<sup>141</sup> In paragraaf 4.2.3.3 zal aan de orde komen dat dat wel een verschuiving van het bewijsrisico te weeg brengt.

De gedaagde heeft niet alleen een motiveringsplicht met betrekking tot de betwisting van de door de eiser naar voren gebrachte feiten en omstandigheden, ten aanzien waarvan de stelplicht bij de eisende partij ligt, ook op de gedaagde kan een stelplicht rusten, en wel voor zover hij zelf (ook) bepaalde rechtsgevolgen inroept. Het gaat daarbij om verweren die niet slechts het door de eiser ingeroepen rechtsgevolg kunnen verhinderen, maar ook onafhankelijk daarvan tot enig rechtsgevolg strekken.<sup>142</sup> Het gaat hier om een zogenoemd zelfstandig of bevrijdend verweer. De gedaagde zal op dezelfde voet als de eiser feiten dienen te stellen die nodig zijn voor het intreden van het door hem beoogde rechtsgevolg, zodat hetgeen in paragraaf 4.2.3.1 *mutatis mutandis* van overeenkomstige toepassing is. Het is vervolgens aan de eisende partij om de door de gedaagde in het kader van een bevrijdend verweer ingenomen stellingen (voldoende gemotiveerd) te betwisten. Daarvoor geldt uiteraard hetgeen in deze paragraaf ten aanzien van de motiveringsplicht van de gedaagde naar voren is gebracht.

Een voorbeeld van een bevrijdend verweer is het beroep op verjaring.<sup>143</sup> Stel, de werkgever heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd en de werknemer stelt zich acht maanden na het daadwerkelijk eindigen van het dienstverband op het standpunt dat de opzegging kennelijk onredelijk is en dat de werkgever uit dien hoofde tot schadevergoeding aan de werknemer gehouden is. Zeer waarschijnlijk zal de werkgever tegenwerpen dat de vordering van de werknemer is verjaard, aangezien op grond van art. 7:683 lid 1 BW een verjaringstermijn van zes maanden geldt. Die termijn begint te lopen de dag nadat de arbeidsovereenkomst feitelijk is geëindigd.<sup>144</sup> Het vaststellen van dit moment kan overigens tot lastige discussies leiden.<sup>145</sup> Omdat het de werkgever is die zelf een rechtsgevolg inroept (namelijk het niet langer door de werknemer

---

<sup>141</sup> Zie ook Kastelein 2003, p. 56.

<sup>142</sup> Asser 2004a, nr. 23, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 207, Alt 2009, p. 37-38 en Asser 2011a, p. 227.

<sup>143</sup> Zie daarover Asser 2004a, nr. 13. Zie voor andere voorbeelden Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 282.

<sup>144</sup> HR 20 maart 1970, NJ 1970, 250, waarover Willems 2010, p. 15.

<sup>145</sup> Zie daarvoor bijvoorbeeld de casus die ten grondslag lag aan HR 22 april 2005, JAR 2005/118.

in rechte kunnen afdwingen van zijn op art. 7:681 BW gebaseerde vordering)<sup>146</sup> zal de werkgever feiten en omstandigheden moeten stellen die zijn beroep op verjaring schragen.

Voor de vraag welke partij moet stellen (en wellicht bewijzen), is van belang hoe het verweer van de gedaagde moet worden gekwalificeerd. In de praktijk wordt in dit verband vaak onderscheid gemaakt tussen een zogenoemd ‘ja, maar ...-verweer’ en een ‘nee, want ...-verweer’. Dit onderscheid kan worden teruggevoerd op de conclusie van A-G Langemeijer voor het arrest van de Hoge Raad van 5 december 2003.<sup>147</sup> In onderdeel 2.3 van de conclusie is overwogen:

‘De toelichting op het middelonderdeel is geënt op wat in de bewijsrechtelijke literatuur “de objectiefrechtelijke leer” wordt genoemd.<sup>148</sup> In het kort houdt deze leer in dat een civiele procespartij de feiten behoort te stellen die volgens het objectieve recht de rechtsgevolgen meebrengen waarop die partij zich beroept. Bij de aanvang van het geding ligt het dus op de weg van de eisende partij om die feiten te stellen welke het beoogde rechtsgevolg (de toewijzing van haar vordering) meebrengen. Wanneer de verweerder de gestelde feiten ontkent en – teneinde te voldoen aan de regel dat een ontkenenis gemotiveerd moet worden – zijn ontkenenis onderbouwt met andere feiten – in de s.t. wordt dit een “nee, want ...”-verweer genoemd – , heeft dit niet tot gevolg dat de verweerder daarmee de bewijslast naar zich toe haalt. (...) Wanneer de wederpartij (eventueel: subsidiair) een beroep doet op bevrijdende feiten – in de s.t. wordt dit een “ja, maar ...”-verweer genoemd – ligt het volgens de objectieve leer in beginsel op de weg van deze wederpartij om die bevrijdende feiten te stellen en, zo nodig, te bewijzen.’

Menig gedaagde probeert de rechter op het verkeerde been te zetten doordat hij een ‘ja, maar ...-verweer’ verpakt in een ‘nee, want ...-verweer’.<sup>149</sup> Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien de werkgever, in een procedure waarin de werknemer loonbetaling vordert, naar voren brengt: ‘Nee, ik hoef niet te betalen, want ik heb het loon al voldaan’. Daarmee wordt eigenlijk gezegd: ‘Ja, ik moet

<sup>146</sup> Na verloop van de verjaringstermijn resteert slechts een natuurlijke verbintenis, zo volgt uit art. 6:3 lid 2 aanhef en sub a BW.

<sup>147</sup> NJ 2004, 75. In deze huurzaak ging het om de vraag op welke partij de bewijslast rust met betrekking tot de dag waarop de huurovereenkomst tussen partijen was geëindigd, in een geval waarin de verhuurder schadevergoeding vorderde wegens het niet nakomen van de verplichting van de huurders tot teruggave van het gehuurde in een behoorlijke staat.

<sup>148</sup> In paragraaf 4.2.3.3 zal ik daar nader aandacht aan besteden.

<sup>149</sup> Sijmonsma 2008, p. 32.

loon betalen, maar dat heb ik al gedaan', hetgeen een bevrijdend verweer oplevert, omdat de werkgever een beroep doet een reeds gedane bevrijdende betaling, hetgeen aan toewijzing van de loonvordering van de werknemer in de weg staat.<sup>150</sup> De stelplicht (en in het verlengde daarvan ook de bewijslast) van het 'ik heb al betaald-verweer' rust dan ook op de werkgever.

In de paragraaf over de stelplicht is uiteengezet dat, wanneer de eisende partij niet aan de op haar rustende stelplicht heeft voldaan, er geen ruimte is voor bewijslevering. Datzelfde geldt uiteraard ten aanzien van de gedaagde die een bevrijdend verweer heeft gevoerd en daarbij niet aan de stelplicht heeft voldaan.<sup>151</sup> Voldoet de gedaagde ten aanzien van zijn bevrijdend verweer wel aan de stelplicht, dan ligt het op de weg van de eiser om de aan dat verweer ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden voldoende gemotiveerd te betwisten, bij gebreke waarvan deze komen vast te staan.

#### **4.2.3.2.1      Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi**

In beginsel maakt het voor de wijze waarop de gedaagde de stellingen van de eiser moet betwisten geen verschil of we nu wel of niet met gezichtspunten van doen hebben. Indien de eisende partij haar vordering onderbouwt met een beroep op een gezichtspuntencatalogus en in dit verband verschillende feiten en omstandigheden stelt, ligt het (ervan uit gaande dat de stelplicht ook bij de eiser ligt) op de weg van de gedaagde om deze stellingen voldoende gemotiveerd te betwisten, teneinde te voorkomen dat de stellingen van eiser, zonder nadere bewijslevering, als vaststaand (kunnen) worden aangenomen. Dat betekent dat hoe gespecificeerder de eiser invulling aan de gezichtspunten heeft gegeven, des te gespecificeerder ook de gedaagde bij zijn betwisting zal moeten zijn.

Asser heeft beschreven dat een gemotiveerde betwisting veelal inhoudt dat andere feiten worden gesteld waaruit de onjuistheid blijkt van de betwiste stellingen van de wederpartij.<sup>152</sup> De vraag is of dit ook opgaat bij de toepassing van gezichtspunten. Dat is veelal het geval. Indien het bijvoorbeeld gaat om de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld (één van de relevante factoren in het kader van de vraag of sprake is van een dringende

---

<sup>150</sup> Een dergelijk verweer was aan de orde in Hof Den Haag 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2639. Het verweer dat reeds is betaald wordt door Den Hartog Jager als het belangrijkste bevrijdende verweer aangemerkt. Vgl. Den Hartog Jager 2012, p. 43. In dezelfde zin Ahsman 2011, p. 213, die spreekt over het 'meest klassieke voorbeeld' van een zelfstandig verweer. Dit verweer was ook aan de orde in Rb. Rotterdam 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BV1961 en Ktr. Utrecht 19 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY6880.

<sup>151</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 210.

<sup>152</sup> Asser 2004a, nr. 23.

reden voor ontslag op staande voet), kan de werkgever aan de hand van heel andere feiten en omstandigheden invulling aan dit gezichtspunt geven dan de werknemer dat doet. Het gaat hierbij om gezichtspunten, waarbij over de feitelijke invulling daarvan tussen partijen verschil van inzicht kan bestaan.

Echter, er zijn ook gezichtspunten waarbij over de invulling tussen partijen niet of nauwelijks discussie mogelijk is. Dat is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van de vraag naar de duur van het dienstverband (een ander ‘ontslag op staande voet-gezichtspunt’). In beginsel is die duur aan de hand van objectieve maatstaven te bepalen.<sup>153</sup> Het debat tussen partijen zal dan ook niet zo snel gaan over de vraag hoe lang de werknemer bij de werkgever in dienst is geweest, maar veeleer over de manier waarop dit gezichtspunt moet worden geïnterpreteerd. In paragraaf 6.3.4 zal aan de orde komen dat deze factor namelijk zowel ten voordele van de werknemer als ten voordele van de werkgever kan worden uitgelegd. Het voeren van (gemotiveerd) verweer kan dus ook bestaan uit het op een andere manier uitleg geven aan de feiten en omstandigheden waarmee een bepaald gezichtspunt is ingekleurd.

Voorts is van belang dat de gedaagde niet alles hoeft te betwisten wat door de eisende partij is gesteld. Uiteraard moeten wel alle stellingen ten aanzien waarvan de eisende partij de stelplicht draagt (en die nodig zijn om de vordering toegewezen te kunnen krijgen), voldoende gemotiveerd worden betwist. Als de eiser ook buiten de stelplicht om allerlei stellingen inneemt, hoeft de gedaagde al die stellingen niet per se te betwisten, omdat zij niet van belang zijn voor de beoordeling van de vraag of het door de eiser ingeroepen rechtsgevolg kan worden aanvaard. Maar wat zijn nu de daarvoor relevante feiten? Dat is een lastige vraag, zeker bij de toepassing van gezichtspuntencatalogi. Immers, dergelijke lijsten met relevante factoren zijn nooit uitputtend geformuleerd.<sup>154</sup> Dat wil zeggen dat naast de wel met name genoemde gezichtspunten ook andere feiten en omstandigheden van belang kunnen zijn.

Wanneer, in een zaak over ontslag op staande voet, door de werkgever buiten de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogus om andere factoren worden genoemd die naar zijn oordeel bijdragen aan de conclusie dat sprake is van een dringende reden, doet de werknemer er goed aan ook die andere factoren zoveel als mogelijk te ontkrachten. Doet hij dat niet en laat hij ze als (naar zijn oordeel) niet relevant onbesproken, dan loopt de werknemer een reëel risico dat de rechter ook deze factoren, die bij niet-betwisting als

---

<sup>153</sup> Ik laat eventuele vragen van opvolgend werkgeverschap hier onbesproken.

<sup>154</sup> Zie daarover paragraaf 2.4.1.1.

vaststaand zullen worden aangenomen, in zijn oordeel zal betrekken. De wederpartij van degene die ter onderbouwing van zijn vordering een beroep op gezichtspunten doet, kan dan ook het beste (bij voorkeur in de conclusie antwoord of eventueel nog bij latere gelegenheid) al die factoren zoveel als mogelijk betwisten.

#### 4.2.3.3 Fase 3: bewijslastverdeling

Nadat de eisende partij in de dagvaarding (en eventueel ter comparitie en/of bij conclusie van repliek) haar vordering(en) en de daaraan ten grondslag liggende feiten en omstandigheden uiteen heeft gezet en de gedaagde daarop bij conclusie van antwoord (en eventueel ter comparitie en/of bij conclusie van dupliek) heeft gereageerd, komt de vraag van de bewijslastverdeling aan de orde.<sup>155</sup> In het civiele proces is dit een essentiële vraag, aangezien het antwoord beslissend kan zijn voor de uitkomst van de procedure. Op de partij op wie de bewijslast rust, rust namelijk ook het bewijsrisico.<sup>156</sup> Dat houdt in dat de partij die de bewijslast heeft, het risico draagt dat de gestelde feiten niet bewezen kunnen worden.<sup>157</sup> Ook een na bewijslevering gebleven onduidelijkheid – het kan zo zijn, maar het kan ook niet zo zijn (non liquet) – komt voor risico van degene die de bewijslast toebedeeld heeft gekregen.<sup>158</sup> Bewijslastverdeling is daarmee in essentie een vraag van verdeling van het bewijsrisico.<sup>159</sup>

Omdat de verdeling van de bewijslast zo belangrijk is, wordt het van groot belang geacht dat partijen voor de aanvang van de procedure kunnen voorzien met de bewijslast van welke feiten zij bezwaard zullen zijn.<sup>160</sup> Hidma en Rutgers hebben er in dit verband op gewezen dat de nieuwe regeling van het

<sup>155</sup> Het is opmerkelijk dat, waar hiervoor wel werd gesproken van een *stelplicht* en *motiveringsplicht* (terwijl het niet om afdwingbare verplichtingen gaat, maar om lasten), hier wel over *bewijslast* (en niet *bewijsplicht*) wordt gesproken. Veegens schreef in dit verband: ‘Sprekende van een op deze of gene partij rustende “bewijslast” denkt niemand aan een afdwingbare verplichting, zelfs niet als het onderzoek ambtshalve is bevolen. Noch de rechter noch de met bewijslevering belaste partij heeft het recht deze van de andere partij te eisen. Wie de bewijslast omtrent een feit draagt, is vrij dat feit al of niet te bewijzen.’ Vgl. Veegens & Wiersma/Veegens 1973, p. 76. In dezelfde zin Van der Wiel 2004, nr. 39.

<sup>156</sup> Zie bijvoorbeeld Veegens & Wiersma/Veegens 1973, p. 76, Visser 1997, p. 75, Boonekamp 2000, p. 44 en Bosse 2003, p. 14, Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 26, alsmede Asser 2011a, p. 226.

<sup>157</sup> Thoe Schwartzberg 2008, nr. 10. In dezelfde zin Asser 2004a, nr. 14 en Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 636.

<sup>158</sup> Westenberg & Fokker 2004, p. 212, alsmede Ahsmann 2011, p. 205.

<sup>159</sup> Asser 1994, p. 11.

<sup>160</sup> Van der Nat-Verhage 1988, p. 7.

bewijsrecht, zoals die geldt vanaf 1 april 1988,<sup>161</sup> partijen meer mogelijkheden dan daarvoor biedt om na te gaan hoe hun bewijspositie in een procedure zal zijn.<sup>162</sup> In arbeidsrechtelijke zaken mogen partijen, althans in eerste aanleg, in persoon procederen, omdat bij de kantonrechter geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt (art. 79 lid 1 Rv). Dat betekent dat ook partijen die geen belangenbehartiger hebben, op voorhand hun bewijsrechtelijke positie moeten kunnen inschatten. Bosse heeft in haar proefschrift dan ook betoogd dat de wetgever zal moeten nagaan of de door hem beoogde bewijslastverdeling bijdraagt aan de hanteerbaarheid van het recht, zonder afbreuk te doen aan de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.<sup>163, 164</sup>

Op welke partij rust de bewijslast? Het antwoord op die vraag wordt gegeven door art. 150 Rv, dat bepaalt:

‘De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.’

Uit deze formulering blijkt duidelijk dat de wetgever een hoofdregel op het oog heeft, waarop onder omstandigheden een uitzondering denkbaar is. De hoofdregel is gebaseerd op de zogenoemde objectiefrechtelijke theorie, die ervan uitgaat dat de wet regelt hoe de bewijslast in concreto moet worden verdeeld.<sup>165</sup> De in art. 150 Rv geformuleerde (en op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde) uitzondering is een uitvloeisel van de billijkheidstheorie, waarbij de verdeling van de bewijslast aan het oordeel van de rechter is

<sup>161</sup> Vanaf deze datum was het bewijsrecht geregeld in de artt. 176-232 (oud) Rv. Vanaf 1 januari 2002 is de regeling te vinden in de artt. 149-207 Rv.

<sup>162</sup> Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 47.

<sup>163</sup> Bosse 2003, p. 293. Zie hierover Asser 2004b, p. 492.

<sup>164</sup> Ik wijs in dit verband op Snijders c.s., die schreef dat de verdeling van de bewijslast een rechtsvraag is en dat deze vraag wordt beantwoord door uitleg en toepassing van materieel recht, waarvan de wetgever zich bij het opstellen van het BW heel goed bewust is geweest. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 207. Dat sprake is van een rechtsvraag betekent overigens dat de door de lagere rechter uitgesproken verdeling van de bewijslast ter toetsing in cassatie kan worden voorgelegd.

<sup>165</sup> Zie over de objectiefrechtelijke theorie Veegens & Wiersma/Veegens 1973, p. 82 e.v., Wieten 2002, p. 20-21, Bosse 2003, p. 20, Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 17, Asser 2004a, nr. 12 e.v., Stein/Rueb 2007, p. 127, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 212 en Alt 2009, p. 23.

overgelaten en waarbij de billijkheid de maatstaf is.<sup>166</sup> Omdat het objectieve element, ook in de rechtspraak van de Hoge Raad, veruit de overhand heeft,<sup>167</sup> wordt ten aanzien van art. 150 Rv wel gesproken van een gematigd objectiefrechtelijke leer van bewijslastverdeling.<sup>168</sup> Hieronder komen de hoofdregel en de uitzonderingen daarop ter sprake.

De in art. 150 Rv opgenomen hoofdregel van bewijslastverdeling luidt, zo blijkt uit bovengenoemd citaat, dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten draagt.<sup>169</sup> In paragraaf 4.2.3.1 is uiteengezet dat de partij die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept, de feiten moet stellen die dat beroep rechtvaardigen. In de literatuur wordt wel aangenomen dat de partij, op wie de stelplicht rust, in beginsel ook de bewijslast heeft ten aanzien van de feiten waar de stelplicht betrekking op heeft. De stelplicht gaat dus als het ware aan de bewijslast vooraf<sup>170</sup> of anders gezegd: de bewijslast wordt afhankelijk gemaakt van de stelplicht.<sup>171</sup>

Bij de totstandkoming van het thans geldende bewijsrecht is voorop gesteld dat de verdeling van de bewijslast aan de hand van het objectieve recht behoort te geschieden en niet aan het subjectieve billijkheidsoordeel van de

---

<sup>166</sup> Voor beschouwingen over de billijkheidstheorie verwijs ik naar Wieten 2002, p. 21, Bosse 2003, p. 22, Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 16, Asser 2004, nr. 9 e.v., Stein/Rueb 2007, p. 128-129, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 213 en Alt 2009, p. 22.

<sup>167</sup> Waarover ook Asser 2004a, nr. 16.

<sup>168</sup> Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 18, Thoe Schwartzberg 2008, nr. 11 en Alt 2009, p. 27. Zie over dit begrip reeds Veegens & Wiersma/Veegens 1973, p. 93. Art. 150 Rv vormt een compromis tussen de objectiefrechtelijke theorie en de billijkheidsleer, aldus Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 211. In dezelfde zin Bosse 2003, p. 23. Asser heeft betoogd dat de Hoge Raad krachtig de nadruk heeft gelegd op de in art. 150 Rv geformuleerde hoofdregel, waardoor het compromiskarakter van het artikel op de achtergrond is geraakt. Asser 2004a, nr. 18.

<sup>169</sup> In de praktijk wordt soms (nog) wel gezegd dat degene die stelt, moet bewijzen. In Westenberg & Fokker 2004, p. 212, wordt dit een 'non-regel' genoemd. Zo ook door Ahsmann 2011, p. 204. In Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 209 is dit adagium als te ongenueanceerd afgedaan. Een partij hoeft slechts die feiten te stellen die nodig zijn voor het intreden van het door haar beoogde rechtsgevolg. De bewijslevering van die partij is in principe ook tot die feiten beperkt. Aldus Snijders c.s. is het adagium 'wie moet stellen, moet bewijzen' wel juist. 'Wie stelt, bewijst' is voorts onjuist omdat ook de gedaagde feiten ter verweer zal stellen. Die feiten hoeft hij (tenzij sprake is van een bevrijdend verweer) niet te bewijzen. Vgl. Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 642.

<sup>170</sup> Vgl. Boonekamp 2000, p. 43.

<sup>171</sup> Van der Nat-Verhage 1988, p. 7.



rechter dient te worden overgelaten.<sup>172</sup> Er is, met andere woorden, gekozen voor een objectiefrechtelijk systeem als hoofdregel.<sup>173</sup> Dit betekent dat uit de toepasselijke regel van materieel recht moet worden afgeleid hoe de bewijslast moet worden verdeeld. Daarbij is uitgangspunt dat aan de hand van de betreffende bepaling wordt vastgesteld welke elementen nodig zijn om het ingeroepen rechtsgevolg teweeg te brengen. Van de daarmee corresponderende feiten rust de stelplicht en, bij voldoende betwisting, ook de bewijslast op de partij die het rechtsgevolg heeft ingeroepen.<sup>174</sup> De partij die de stelplicht heeft, draagt in beginsel dus ook de bewijslast.<sup>175</sup>

De hoofdregel van art. 150 Rv impliceert dat al hetgeen een partij meer stelt dan nodig is om tot toewijzing van haar vordering te komen, door deze partij niet bewezen hoeft te worden.<sup>176</sup> De Hoge Raad overwoog in dit verband in zijn arrest van 9 september 2005<sup>177</sup> dat, doordat een partij meer heeft gesteld dan nodig is voor het inroepen van het gewenste rechtsgevolg, de bewijslast ten aanzien van het meerdere niet bij die procespartij komt te liggen. Daaruit volgt dat partijen hoogstens die feiten hebben te bewijzen die onderwerp van hun stelplicht zijn.<sup>178</sup>

De genoemde hoofdregel impliceert voorts dat de gedaagde niet die feiten hoeft te bewijzen die hij stelt ter motivering van zijn betwisting van de door eiser gestelde feiten, zo overwoog de Hoge Raad onder meer in zijn arrest van 15 december 2006.<sup>179</sup> Wanneer de gedaagde de door de eiser gestelde feiten voldoende gemotiveerd heeft betwist, is het aan de eiser om ten aanzien van die feiten bewijs bij te brengen. Door de betwisting komt de bewijslast dus niet bij de gedaagde te liggen.<sup>180</sup>

---

<sup>172</sup> Van der Nat-Verhage 1988, p. 7.

<sup>173</sup> Sijmonsma heeft erop gewezen dat er regelmatig fouten worden gemaakt bij de toepassing van deze (hoofd)regel. Vgl. Sijmonsma 2008, p. 31.

<sup>174</sup> Stein/Rueb 2007, p. 127.

<sup>175</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 209. Zie ook Alt 2009, p. 38.

<sup>176</sup> Ekelmans 2008, p. 95. Zie voorts Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 284.

<sup>177</sup> NJ 2005, 468.

<sup>178</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 210, Thoe Schwartzenberg 2008, p. 28, Asser 2011, p. 228 en Leemburg 2013, p. 40. De advocaat die in Knapen 2013, p. 41 liet optekenen: 'We hebben als advocaten soms de neiging meer te stellen dan conform de wet nodig is, maar dat moet je allemaal ook bewijzen', had het dus niet bij het juiste eind.

<sup>179</sup> NJ 2007, 203, m.nt. M.R. Mok. Zie voorts HR 7 december 2001, NJ 2002, 494, m.nt. DA, alsmede HR 2 mei 2003, NJ 2003, 468.

<sup>180</sup> Zie hierover Asser 2004a, p. 69-70.

Op de hoofdregel, dat uit de wet volgt op welke partij de stelplicht en de bewijslast rust, bestaat een aantal uitzonderingen. Art. 150 Rv bepaalt namelijk (in de eerste plaats) dat uit ‘enige bijzondere regel’ een andere verdeling van de bewijslast kan voortvloeien. Voor zover die regel in de wet is vastgelegd is eigenlijk geen sprake van een uitzondering op de hoofdregel, aangezien de verdeling van de bewijslast dan nog steeds uit de wet voortvloeit.<sup>181</sup> Dat is wel het geval voor zover die andere verdeling op rechtspraak is gebaseerd.

Een voorbeeld van een in de wet vastgelegde bijzondere regel van bewijslastverdeling geeft art. 7:658 lid 2 BW met betrekking tot de aansprakelijkheid voor schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft opgelopen. Voorheen (of wellicht beter: onder toepassing van het oud BW, in het bijzonder art. 1638x) was het zo dat de werknemer diende te bewijzen dat de werkgever niet had voldaan aan zijn verplichting om, kort gezegd, ervoor te zorgen dat sprake is van veilige werkomstandigheden.<sup>182</sup> Toepassing van de hoofdregel van art. 150 Rv zou ook tot deze uitkomst leiden.<sup>183</sup> Het zou aan de werknemer zijn om te stellen en te bewijzen dat sprake is van een schending van de zorgplicht door de werkgever. Wel is de rechter onder het oud BW de werknemer in hoge mate tegemoet gekomen,<sup>184</sup> hetgeen met name is ingegeven door de voor de werknemer gewenste bescherming.<sup>185</sup> Dat heeft uiteindelijk geleid tot de in art. 7:658 lid 2 BW vastgelegde verdeling van de stelplicht en bewijslast. Sinds de invoering van dit artikel(lid) is het aan de werkgever om te stellen en te bewijzen dat hij wèl heeft voldaan aan de in lid 1 van dit artikel genoemde zorgplicht dan wel dat de schade in belangrijke mate is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.<sup>186</sup> Slaagt

---

<sup>181</sup> Zie ook Asser 2011a, p. 230.

<sup>182</sup> Bosse 2003, p. 179.

<sup>183</sup> Waarover Loonstra & Zondag 2010, p. 348. Zie ook Alt 2009, p. 164-165.

<sup>184</sup> Bosse 2003, p. 183 e.v. en Lindenbergh 2009, p. 75. Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, m.nt. PAS. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat de werknemer, die een vordering instelt op grond van (toentertijd) art. 1638x BW, dient te stellen en te bewijzen dat de werkgever onvoldoende veiligheidsmaatregelen heeft genomen. De Hoge Raad oordeelde verder dat de zware bewijslast die dit uitgangspunt in beginsel op de werknemer legt, gevolgen heeft voor de eisen waaraan de motivering van zijn betwisting van de stellingen van de werkgever – die zich wegens de aard van de materie vaak noodgedwongen tot hoofdlijnen zal moeten beperken – dient te voldoen. Met name zal de werkgever in het kader van die motivering in het algemeen omstandigheden dienen aan te geven, die meer in zijn sfeer dan in die van de werknemer liggen. De Hoge Raad spreekt in dit verband van de ‘stelplicht’ van de werkgever. Ook worden in het arrest nadere voorschriften gegeven met betrekking tot de vereisten die aan de motivering van de betwisting moeten worden gesteld.

<sup>185</sup> Waterman 2009, p. 123.

<sup>186</sup> Vgl. Asser 2003, p. 63 e.v.

de werkgever er niet in dit bewijs te leveren, dan is hij, zo volgt uit het tweede lid, aansprakelijk voor de schade van de werknemer. Het bewijsrisico ligt dus duidelijk bij de werkgever.<sup>187</sup>

Naast de wettelijke regels omtrent bewijslastverdeling zijn er ook ongeschreven regels, die in de rechtspraak tot stand zijn gekomen.<sup>188</sup> Verschillende (arbeidsrechtelijke) arresten van de Hoge Raad geven daar voorbeelden van, zoals bijvoorbeeld het arrest van 9 maart 1990,<sup>189</sup> dat gaat over het opzegverbod bij zwangerschap. De Hoge Raad oordeelde te dien aanzien dat de strekking van art. 1639h lid 4, eerste zin, BW (thans: art. 7:670 lid 2 BW) versterking van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemster is en een wettelijke waarborg biedt dat zij niet tijdens haar zwangerschap haar arbeidsplaats verliest. De Hoge Raad overwoog dat in beginsel op de werknemster de bewijslast rust van het feit dat zij op het tijdstip van de opzegging zwanger was. Wanneer echter vaststaat dat de werknemster kort na de opzegging zwanger was en de vraag is of zij dat ook reeds ten tijde van de opzegging was, brengt de strekking van voornoemde bepaling mee dat in afwijking van de hoofdregel bij wijze van ongeschreven bijzondere regel de bewijslast op de werkgever rust. Het is in zo'n geval dus aan de werkgever om aan te tonen dat de werknemster op het moment van de opzegging (nog) niet zwanger was.<sup>190</sup>

Een ander voorbeeld biedt het arrest van 22 januari 1993,<sup>191</sup> waarin de werkgever de werknemer op staande voet had ontslagen omdat de werknemer gelden, die hij voor de werkgever had ontvangen, niet zou hebben afgedragen. Scholten heeft in zijn annotatie naar voren gebracht dat uit de hoofdregel van bewijslastverdeling voortvloeit dat wie geld voor een ander heeft ontvangen en aanvoert dit aan die ander te hebben afgedragen, daarvan het bewijs dient te leveren. De eiser stelt namelijk de schuld, maar de gedaagde beroept zich erop dat deze schuld teniet is gegaan, hetgeen als een bevrijdend verweer moet worden gekwalificeerd. Vertaald naar het onderhavige arrest dient de werkgever

<sup>187</sup> Andere voorbeelden van wettelijke bepalingen waarin sprake is van verdeling van de bewijslast op grond van een bijzondere regel zijn: art. 185 WvW, art. 2:248 lid 3 BW, art. 6:99 BW, art. 6:169 lid 2 BW, art. 6:195 BW en art. 7:176 BW (ontleend aan Thoe Schwartzberg 2008, p. 60). Ook valt te denken aan de zogenoemde weerlegbare wettelijke vermoedens (zoals bijvoorbeeld art. 3:309 BW), Westenberg & Fokker 2004, p. 212. Ik wijs in dit verband ook op de vermoedens van de artt. 7:610a en 610b BW.

<sup>188</sup> Westenberg & Fokker 2004, p. 212.

<sup>189</sup> NJ 1990, 561, m.nt. PAS.

<sup>190</sup> Indien twijfel bestaat over het moment waarop de conceptie heeft plaatsgevonden, is het aan de werkgever om te bewijzen dat dit na de opzegging is geschied, aldus Voûte & Franssen 2010, p. 169. Veel succes daarbij!

<sup>191</sup> NJ 1993, 665, m.nt. PAS.

volgens deze hoofdregel te bewijzen dat de schuld is ontstaan – dat wil zeggen dat de werknemer gelden in ontvangst heeft genomen –, terwijl het op de weg van de werknemer ligt om te bewijzen dat die schuld teniet is gegaan, doordat hij de gelden aan de werkgever heeft afgedragen. De Hoge Raad week echter van deze hoofdregel af en oordeelde dat de werknemer voor het bewijs dat hij de gelden heeft afgedragen in beginsel afhankelijk is van de administratie van de werkgever. De Hoge Raad overwoog voorts dat in een dergelijke situatie in beginsel de werkgever moet worden belast met het bewijs dat het geld niet aan hem is afgedragen. De rechtbank had anders beslist en de werknemer het bewijs van zijn stelling opgedragen. Te dien aanzien oordeelde de Hoge Raad dat de rechtbank met deze beslissing heeft miskend dat de hierboven genoemde op de werkgever rustende bewijslast moet worden aanvaard als een bijzondere regel van bewijslastverdeling in de zin van de slotzinsnede van art. 177 Rv (thans: art. 150 Rv).<sup>192</sup> Later heeft de Hoge Raad dit oordeel bevestigd.<sup>193</sup>

Ook de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen aanleiding geven af te wijken van de in art. 150 Rv vastgelegde hoofdregel. Ten aanzien van deze uitzondering heeft Van den Brink geschreven dat omkering van de bewijslast (en daarmee van het bewijsrisico)<sup>194</sup> op grond van de redelijkheid en billijkheid niet vaak voorkomt en met grote terughoudendheid moet worden toegepast.<sup>195</sup> Hoewel een omkering op deze grond veelvuldig wordt bepleit, wordt een dergelijk beroep door de rechter (inderdaad) maar zelden gehonoreerd.<sup>196</sup> In

---

<sup>192</sup> Asser heeft geschreven dat het soms nodig is om in de verdeling van het bewijsrisico volgens de hoofdregel in te grijpen teneinde handhaving van de materiële norm te waarborgen, hetzij in het algemeen hetzij onder bepaalde meer concrete omstandigheden. Asser heeft erop gewezen dat de bescherming van de werknemer hiertoe aanleiding kan geven. Asser 1994, p. 15. Zie ook Bosman 1994, p. 22. Dit arrest van de Hoge Raad geeft hier een voorbeeld van.

<sup>193</sup> Zie daarvoor HR 9 januari 1998, NJ 1998, 440, m.nt. PAS. Vgl. ook reeds HR 4 mei 1984, NJ 1984, 609, in welk arrest de Hoge Raad oordeelde dat uitgangspunt is dat de bewijslast met betrekking tot de door de werkgever voor ontslag op staande voet aangevoerde dringende redenen in beginsel op de werkgever rust, ook als de voor het ontslag aangevoerde grond het niet afdragen van gelden betreft.

<sup>194</sup> Thoe Schwartzberg 2008, nr. 17 en Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 292.

<sup>195</sup> Van den Brink 2008, p. 97. Zie voorts Ekkelmans 2008, p. 96. Ook de Hoge Raad zelf spreekt van ‘de bij toepassing te betrachten terughoudendheid’, zoals bijvoorbeeld in HR 9 september 2005, NJ 2006, 99.

<sup>196</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 213, Stein/Rueb 2007, p. 131, Ahsmann 2011, p. 206, alsmede Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 306. Westenberg c.s. heeft geschreven dat de rechter niet te gemakkelijk een uitzondering op grond van de redelijkheid en billijkheid moet maken, omdat de billijkheidstheorie door de wetgever niet voor niets als hoofdregel is verworpen. Westenberg & Fokker 2004, p. 212. Zie voor een voorbeeld het vonnis van de Kantonrechter Enschede van 3 april 2007, waarover

ieder geval is vaste rechtspraak, dat (alleen) bewijsnood onvoldoende is voor omkering op grond van de redelijkheid en billijkheid.<sup>197</sup> Dat kan anders zijn indien de bewijsnood is veroorzaakt door de andere partij.<sup>198</sup>

De redelijkheid en billijkheid kan ook aanleiding geven af te wijken van een bijzondere regel van bewijslastverdeling, zodat de hoofdregel van art. 150 Rv (weer) geldt.<sup>199</sup> Daarvan was bijvoorbeeld sprake in het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2001.<sup>200</sup> In dit arrest werd overwogen dat niet is uitgesloten dat onder bijzondere omstandigheden moet worden geoordeeld dat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat toepassing van een bijzondere regel van bewijslastverdeling, zoals in die zaak de regel van art. 7:658 lid 2 BW, achterwege moet blijven en dus moet worden uitgegaan van de hoofdregel van (thans) art. 150 Rv.

De rechter die de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid omkeert dient de omstandigheden vast te stellen die hem tot dat oordeel hebben geleid en ook dient de rechter in zijn motivering inzicht te geven in de gedachtegang die hij daarbij heeft gevolgd.<sup>201</sup> Daarbij geldt geen verzwaarde motiveringsplicht.<sup>202</sup>

#### 4.2.3.3.1 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi

Heeft de toepassing van gezichtspuntencatalogi invloed op de vraag naar de verdeling van de bewijslast? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Dat in een bepaald geval wordt gewerkt met een lijst met relevante factoren is niet bepalend voor het antwoord op de vraag welke partij de relevante feiten en omstandigheden (de gezichtspunten) zal moeten bewijzen.

---

Opmaat Arbeidsrecht 2007/81. In deze ontslag op staande voet-zaak oordeelde de kantonrechter dat de bewijslast op de werknemer rustte. Zie voor een ander voorbeeld waarin de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid werd omgekeerd Hof Leeuwarden 8 november 2011, JBPr 2012, 29, m.nt. H.W.B. thoe Schwartzenberg.

<sup>197</sup> Smits 2011, art. 150, aant. C.2.12. Zie voor een bijvoorbeeld HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85. Zie voor een voorbeeld uit de lagere rechtspraak waarin vanwege bewijsnood (meer specifiek: het moeten bewijzen van een negatief feit) de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid werd omgekeerd Rb. Amsterdam 15 november 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ2440.

<sup>198</sup> Zie bijvoorbeeld HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78. Vgl. Visser 1997, p. 74. Voor een voorbeeld uit de lagere rechtspraak wijs ik op Ktr. Middelburg 4 april 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BR0732.

<sup>199</sup> Waarover Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 213 en Thoe Schwartzenberg 2008, nr. 17.

<sup>200</sup> NJ 2001, 476, m.nt. PAS.

<sup>201</sup> HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419, m.nt. MMM en HR 9 september 2005, NJ 2006, 99. Zie over deze materie ook Van der Nat-Verhage 1988, p. 9.

<sup>202</sup> Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 90.

Allereerst zal moeten worden beoordeeld of de in een bepaalde catalogus genoemde gezichtspunten onderdeel uitmaken van de op de eisende partij rustende stelplicht. Indien dat het geval is zal de eiser, bij voldoende gemotiveerde betwisting door de gedaagde, in beginsel de bewijslast ten aanzien van die gezichtspunten hebben. De gedaagde hoeft geen bewijs te leveren van zijn betwisting ten aanzien van door de eiser genoemde gezichtspunten. Dat zou eventueel anders kunnen zijn indien die gezichtspunten onderdeel zouden uitmaken van een zogenoemd bevrijdend verweer, waarvan de bewijslast bij de gedaagde rust.

Hierboven kwam aan de orde dat indien de eisende partij meer stelt dan volgens de stelplicht noodzakelijk is, zij ten aanzien van dat meerdere niet met de bewijslast wordt opgezadeld. Bij fase 1, de stelplicht, is uiteengezet dat het bij gezichtspunten op voorhand lastig is te schatten welke feiten en omstandigheden daar nu wel of niet deel van uitmaken. Immers, gezichtspunten zijn geen limitatieve lijsten, zodat altijd ook andere factoren naast de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten denkbaar zijn. Het kan zo zijn dat de rechter ook die andere factoren van belang acht voor de beoordeling van het geschil, zodat ook die gezichtspunten door één van de partijen, uitgaande van een voldoende gemotiveerde betwisting, bewezen moeten worden. Dat zou ertoe kunnen leiden dat partijen, teneinde hun bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) zo veel mogelijk te beperken, geen andere dan de door de Hoge Raad gestelde gezichtspunten naar voren brengen. In dat geval kunnen zij ook niet met het bewijs van eventuele andere gezichtspunten worden belast.

De keerzijde hiervan is dat mogelijk niet alle voor de beoordeling van de zaak relevante feiten en omstandigheden naar voren worden gebracht, terwijl art. 21 Rv partijen nu juist verplicht om, kort gezegd, alle relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. In paragraaf 4.4, waarin ik nader op art. 21 Rv zal ingaan, komt dit spanningsveld verder ter sprake.

Ik merk verder nog op dat de Hoge Raad in sommige uitspraken, naast het formuleren van een catalogus met relevante factoren, ook aangeeft door welke partij die factoren gesteld en bewezen moeten worden. Daarvan was bijvoorbeeld sprake in het arrest van 16 januari 1987.<sup>203</sup> De Hoge Raad overwoog:

‘Het antwoord op de vraag of een beroep op een beding in een overeenkomst in strijd is met de goede trouw hangt af van de waardering van tal van omstandigheden, zoals de omstandigheid dat het gaat om een beding in algemene voorwaarden, de aard en overige inhoud van de overeenkomst waarin

---

<sup>203</sup> NJ 1987, 553, m.nt. G.

het beding voorkomt, de wederzijdse kenbare belangen van partijen en hun maatschappelijke positie en onderlinge verhouding en de wijze waarop het beding deel van de overeenkomst is geworden.

Deze omstandigheden dienen in beginsel te worden gesteld en, zo nodig, bewezen door degenen die aan een beroep op een beding tegenwerpt dat dit beroep in strijd komt met de goede trouw. Een dergelijk verweer kan echter meebrengen dat in de concrete omstandigheden van het geval aangenomen moet worden dat het beroep in strijd komt met de goede trouw tenzij degene die zich op het beding beroept, omstandigheden stelt en, zo nodig, bewijst, die dit anders maken.’

Bovendien kan het niet kunnen bewijzen van gestelde gezichtspunten nadelig uitpakken voor de desbetreffende partij. Hierboven kwam aan de orde dat een zogenoemd *non liquet* voor risico komt van de partij die de bewijslast heeft. Het arrest van het Hof Arnhem van 27 februari 2007<sup>204</sup> is in dit verband noemenswaardig. In deze (asbest)aansprakelijkheidszaak had Eternit een beroep gedaan op het verstrijken van de absolute verjaringstermijn, in welk verband zij zich had beroepen op de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde uit 2000.<sup>205</sup> Eén van die gezichtspunten betreft de vraag of de aansprakelijkheid nog door verzekering gedekt is. Eternit kon over dit gezichtspunt echter verder geen duidelijkheid scheppen.<sup>206</sup> Het hof overwoog dat het feit dat Eternit niet de gewenste helderheid heeft kunnen verschaffen voor haar risico dient te komen, waardoor het gezichtspunt in haar nadeel werd meegewogen.

#### 4.2.3.4 Fase 4: bewijsaanbod

Pas als de rechter – aan de hand van art. 150 Rv – heeft beoordeeld op welke partij de bewijslast rust, rijst de vraag of die partij ook daadwerkelijk tot bewijslevering moet worden toegelaten. Pas op dat moment komt de vraag in beeld of die partij daartoe een bewijsaanbod heeft geformuleerd.<sup>207</sup> Van een bewijsaanbod wordt gesproken indien een partij aan de rechter te kennen geeft bereid te zijn bewijs bij te brengen.<sup>208</sup>

In de paragrafen 4.2.3.1 en 4.2.3.2 kwam reeds aan de orde dat voor zowel de eisende als voor de gedaagde partij de bewijsaandraagplicht geldt (art.

---

<sup>204</sup> JA 2007/65.

<sup>205</sup> Welk arrest in het volgende hoofdstuk uitgebreid aan de orde komt.

<sup>206</sup> Terwijl, zo overwoog het hof, in dit kort geding geen ruimte was voor nadere bewijslevering.

<sup>207</sup> Van den Brink 2008, p. 97.

<sup>208</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 315. Zie over het bewijsaanbod en de geschiedenis daarvan Verpaalen 1989, p. 353 e.v. en p. 373 e.v.

111 lid 3 Rv respectievelijk art. 128 lid 5 Rv). Het voldoen aan deze verplichting door het noemen van namen van mogelijke getuigen, brengt niet automatisch met zich mee dat ook een aanbod tot het doen horen van die getuigen wordt gedaan.<sup>209</sup> Een afzonderlijk bewijsaanbod is dus nodig, want het achterwege laten van het formuleren daarvan zou (zelfs) tot het verlies van de procedure kunnen leiden.<sup>210</sup>

Wanneer moet een bewijsaanbod worden gedaan? Voor de eisende partij ligt het voor de hand om in de dagvaarding een bewijsaanbod te formuleren, terwijl voor de gedaagde de conclusie van antwoord de aangewezen plaats is.<sup>211</sup> Partijen moeten er namelijk rekening mee houden dat er na de (gebruikelijke) comparitie van partijen geen gelegenheid meer wordt geboden voor re- en dupliek.<sup>212</sup> Mag nog wel een conclusie van repliek en een conclusie van dupliek worden genomen – bijvoorbeeld omdat geen comparitie heeft plaatsgevonden of omdat het beginsel van hoor en wederhoor dit met zich brengt (art. 132 lid 1 en 2 Rv) – dan is het aan te bevelen ook in die conclusies een bewijsaanbod te formuleren dan wel het eerder verwoorde aanbod te herhalen. De kans is namelijk zeer groot dat in de conclusie van repliek respectievelijk dupliek nieuwe stellingen worden ingenomen. Als ook in die conclusies een bewijsaanbod wordt opgenomen bestaat er geen twijfel over dat ook van de later in de procedure gestelde feiten en omstandigheden bewijs wordt aangeboden.<sup>213</sup>

Overigens is niet uitgesloten dat een bewijsaanbod (nog) op een ander moment wordt gedaan, zoals bijvoorbeeld bij (nadere) akte of pleidooi<sup>214</sup> of pas in hoger beroep, in de memorie van grieven. Als pas heel laat in de procedure een bewijsaanbod wordt gedaan, is dat niet zonder meer ontoelaatbaar, maar de desbetreffende partij moet daarvoor wel een deugdelijke verklaring kunnen

---

<sup>209</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 80.

<sup>210</sup> Wieten 2002, p. 4, alsmede Rutgers 2005, p. 271. Zie voor een voorbeeld uit de praktijk het arrest van het Hof Leeuwarden van 20 december 2006, JAR 2007/35. Het hof overwoog: 'De bewijslast met betrekking tot het onverwijld meedelen van de reden tot ontslag rust op Tuiženga. Hij heeft echter geen bewijs aangeboden. De conclusie moet dan ook luiden dat niet is komen vast te staan dat Tuiženga heeft voldaan aan het vereiste van onverwijld mededeling in de hiervoor weergegeven zin. Beoordeling van de vraag of sprake was van een dringende reden, kan derhalve verder buiten beschouwing blijven.'

<sup>211</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 244, Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 64, Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 80 en 163.

<sup>212</sup> Wieten 2002, p. 4 en Thoe Schwartzberg 2008, p. 109.

<sup>213</sup> Vgl. hierover Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 197, 200 en 203.

<sup>214</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 201.



geven.<sup>215</sup> Onder omstandigheden kan een bewijsaanbod zelfs nog tijdens het pleidooi in hoger beroep worden gedaan.<sup>216</sup>

Voor wat betreft het in het geding brengen van schriftelijk bewijs hoeven partijen geen bewijsaanbod te doen.<sup>217</sup> Dit kan als productie bij te nemen conclusies (en aktes) worden gevoegd.<sup>218</sup> Het doen van een bewijsaanbod is echter wel essentieel in gevallen waarin voor de bewijslevering de medewerking van de rechter nodig is, zoals bij het doen horen van getuigen, het deskundigenbericht en de plaatsopneming.<sup>219</sup> Immers, het uitgangspunt is dat de rechter steeds ambtshalve bewijs *kan* opdragen, maar daartoe is hij niet gehouden.<sup>220</sup> Dat betekent dat, wanneer de rechter geen aanleiding ziet voor een ambtshalve uit te spreken bewijsopdracht en er geen bewijsaanbod is gedaan, aan bewijslevering niet kan worden toegekomen. Dat zou ertoe kunnen leiden dat de procedure om die reden voor één van de partijen slecht afloopt. Wanneer partijen bewijs wensen te leveren door het doen horen van getuigen, is het dus aan te bevelen een daarop gericht bewijsaanbod te formuleren.

Vervolgens rijst de vraag hoe dat bewijsaanbod eruit moet zien. Over het algemeen wordt aangenomen dat een algemeen bewijsaanbod bij wijze van standaardformule<sup>221</sup> door de rechter mag worden gepasseerd.<sup>222</sup> Slechts indien

---

<sup>215</sup> Vgl. HR 29 november 2002, NJ 2004, 172, m.nt. HJS. Zie hierover Wieten 2002, p. 4.

<sup>216</sup> Vgl. daarover HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 224, m.nt. MMM. Echter, indien daarvoor geen goede reden kan worden aangevoerd, loopt de desbetreffende partij het risico dat het hof het bewijsaanbod, ook al is dat ter zake dienend en voldoende gespecificeerd, wegens strijd met de goede procesorde passeert. Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 221. Een bewijsaanbod is vrijwel nooit tardief, aldus Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 425.

<sup>217</sup> Aldus HR 9 maart 2012, NJ 2012, 174. Zie hierover ook Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nrs. 69 en 211.

<sup>218</sup> Wieten 2002, p. 4.

<sup>219</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 202 en Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 315.

<sup>220</sup> Zie hierover Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 143, Stein/Rueb 2007, p. 150, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 202, Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 87, Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 315 en Asser 2011a, p. 235. Zie voor een voorbeeld uit de jurisprudentie waaruit blijkt dat de rechter niet gehouden is ambtshalve bewijs op te dragen HR 13 juni 1986, NJ 1986, 764.

<sup>221</sup> Zoals bijvoorbeeld: Eiser biedt aan om – voor zover op hem enige bewijslast rust – bewijs te leveren van al zijn stellingen door alle middelen rechtens, in het bijzonder door het doen horen van getuigen.

<sup>222</sup> Zie bijvoorbeeld HR 6 november 1981, NJ 1982, 148. Vgl. ook Wieten 2002, p. 50, Westenberg & Fokker 2004, p. 217 en Thoe Schwartzenberg 2008, p. 113-114. Ahsmann schreef dat rechters in eerste aanleg in een aantal gevallen geen genoeg meer nemen

het niet anders kan, kan een algemeen bewijsaanbod worden opgenomen.<sup>223</sup> Over het algemeen wordt in een bewijsaanbod, ook in eerste aanleg, vermeld wie de betrokken partijen als getuigen kunnen doen horen. Dat is voor de eisende partij vaak lastiger dan voor de gedaagde partij, omdat de eiser niet steeds zal weten of kunnen inschatten wat en op welke wijze door de gedaagde zal worden betwist en hoe uiteindelijk de bewijsopdracht zal luiden, terwijl door de dagvaarding voor de gedaagde duidelijk zal (moeten) zijn wat concreet gevorderd wordt.<sup>224</sup> In eerste aanleg zullen over het algemeen minder strenge eisen aan het bewijsaanbod worden gesteld dan in hoger beroep het geval is,<sup>225</sup> waarop ik hieronder nog zal terugkomen. Over het algemeen kan niet worden verlangd dat wordt vermeld wat de opgegeven getuigen naar verwachting zullen verklaren.<sup>226</sup>

Wanneer een bewijsaanbod tot het doen horen van getuigen niet aan de daarvoor geldende voorwaarden voldoet, zal de rechter het mogen passeren. Indien wel een correct bewijsaanbod is gedaan, zal de rechter getuigenbewijs moeten toestaan, zo volgt uit art. 166 Rv.<sup>227</sup> Uit diezelfde bepaling kan worden afgeleid dat een aanbod tot het doen horen van getuigen kan worden gepasseerd indien bewijs door getuigen niet bij wet is toegelaten, zoals in de gevallen waarin schriftelijk bewijs wordt verlangd.<sup>228</sup> Ook hoeft, zo volgt eveneens uit art. 166 Rv, geen gevolg aan een aanbod tot het doen horen van getuigen te

---

met een algemeen geformuleerd bewijsaanbod en dat zij verlangen dat het aanbod wordt gespecificeerd. Ahsmann 2011, p. 224.

<sup>223</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 201.

<sup>224</sup> Rutgers 2005, p. 272 (onder punt 6) en p. 273 (onder punt 7).

<sup>225</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 221.

<sup>226</sup> HR 9 juli 2004, NJ 2005, 270, m.nt. DA. Uit deze uitspraak blijkt dat dat anders kan zijn indien er reeds schriftelijke getuigenverklaringen zijn overgelegd. Zie ook HR 27 mei 2011, JAR 2011/173.

<sup>227</sup> Dit voorschrift is namelijk imperatief geformuleerd ('beveelt'). Dat is anders bij het deskundigenbericht en de plaatsopneming. Ook indien een daarop toegespitst bewijsaanbod is gedaan, zal de rechter daaraan voorbij mogen gaan. In de artt. 194 en 201 Rv is namelijk bepaald dat de rechter op verzoek van een partij (of ambtshalve) een deskundigenbericht of plaatsopneming 'kan bevelen'. Anders dan bij het getuigenverhoor is hier sprake van een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Vgl. Asser 2011a, p. 235. Zie over art. 166 Rv HR 26 april 2013, NJ 2013, 261.

<sup>228</sup> Dat is bijvoorbeeld het geval in de artt. 1:130 BW (bewijs van buiten de huwelijksgemeenschap gehouden goederen) jo. art. 61 Fw (bij faillissement van één van de echtgenoten), 7:859 BW (bewijs borgtocht), 22 WvK (bestaan vennootschap onder firma), 108 lid 3 Rv (forumkeuze) en 1021 Rv (overeenkomst tot arbitrage). Er zijn ook verschillende arbeidsrechtelijke bedingen die slechts schriftelijk kunnen worden aangegaan, vgl. Elders 1990, p. 7 en Schneider 2013, p. 56 e.v. Als voorbeelden noem ik het eenzijdig wijzigingsbeding (art. 7:613 BW), het proeftijdbeding (art. 7:652 lid 2 BW) en het concurrentiebeding (art. 7:653 lid 1 BW).

worden gegeven indien de feiten waarvan bewijs is aangeboden, door de wederpartij niet of onvoldoende gemotiveerd zijn betwist. Op grond van art. 149 lid 2 Rv staan die feiten vast, zodat bewijslevering niet (meer) aan de orde is.<sup>229</sup> Art. 166 Rv bepaalt voorts dat het aanbod moet zien op feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. Met andere woorden, het bewijsaanbod moet ter zake dienend zijn.<sup>230</sup>

Is aan (al) deze voorwaarden voldaan, dan nog kan het bewijsaanbod worden gepasseerd indien het onvoldoende is gespecificeerd. Hierboven is al opgemerkt dat een algemeen aanbod in de meeste gevallen niet volstaat, met name niet in hoger beroep. De partij die een bewijsaanbod doet, dient dat aanbod te specificeren. De mate waarin dat moet gebeuren is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 9 juli 2004.<sup>231</sup> Aan deze overweging heeft de Hoge Raad (ook hier!) een gezichtspuntencatalogus gekoppeld. De Hoge Raad oordeelde:

‘Het antwoord op de vraag of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij de rechter, mede in verband met de eisen van een goede procesorde, zal moeten letten op de wijze waarop het processuele debat zich heeft ontwikkeld en het stadium waarin de procedure verkeert.’<sup>232</sup>

Met betrekking tot deze (procesrechtelijke) gezichtspuntencatalogus<sup>233</sup> schreef Asser in zijn noot onder het arrest dat de Hoge Raad de rechter, ten aanzien van de vraag of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, een vrije beoordelingsruimte laat door het antwoord op die vraag te laten afhangen van de omstandigheden van het geval. Echter, zo vervolgde Asser, geheel vrij is de

<sup>229</sup> Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 143 en Thoe Schwartzenberg 2008, p. 113.

<sup>230</sup> Stein /Rueb 2007, p. 150. Zie voor een voorbeeld waarin een bewijsaanbod werd gepasseerd omdat de stellingen waarvan bewijs was aangeboden niet tot toewijzing van de vordering konden leiden HR 26 juni 1998, NJ 1998, 728.

<sup>231</sup> NJ 2005, 270, m.nt. DA, waarover Stein/Rueb 2007, p. 150, Ekelmans 2008, p. 100 en Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 425.

<sup>232</sup> In zijn conclusie had A-G Verkade meer (mogelijke) gezichtspunten genoemd. In onderdeel 4.3 overwoog hij, dat bij het oordeel of een bewijsaanbod gepasseerd dient te worden, de omstandigheden waaronder het bewijs wordt aangeboden een rol spelen. Tot die omstandigheden behoren, aldus de A-G, (1) het verloop van het geding, (2) de fase waarin het geding zich bevindt, (3) de aard van het te bewijzen feit, (4) het (grote) tijdsverloop sinds het moment waarop het te bewijzen feit zich heeft voorgedaan, (5) de inhoud/formulering van het bewijsaanbod, alsmede (6) de gedingstukken en het voorliggende bewijsmateriaal.

<sup>233</sup> Die ook in paragraaf 2.3.2 kort ter sprake kwam.

rechter niet, want er worden twee gezichtspunten genoemd die de rechter bij zijn oordeel zal moeten betrekken. De verwijzing naar de goede procesorde en de gezichtspunten hebben vooral een functie bij de cassatiecontrole. Asser heeft erop gewezen dat de vrijheid van de rechter zich namelijk grotendeels aan toetsing door de cassatierechter onttrekt, maar dat de Hoge Raad nu enige controle behoudt, waarbij de goede procesorde de Hoge Raad wat meer armslag geeft dan hij zou hebben gehad indien de beslissing van de lagere rechter uitsluitend op de motivering zou mogen worden getoetst.<sup>234</sup>

Over het algemeen geldt dat des te gespecificeerder het bewijsaanbod is, des te lastiger het voor de rechter zal zijn om het te (kunnen) passeren. Het passeren van een bewijsaanbod moet door de rechter namelijk worden gemotiveerd, zodat een en ander door de hogere rechter kan worden getoetst.<sup>235</sup> Overigens is de uitleg van het bewijsaanbod overgelaten aan de feitenrechter.<sup>236</sup>

De rechter mag een voldoende gespecificeerd en ter zake dienend bewijsaanbod, dat tijdig is gedaan, niet passeren op grond van zijn prognose ten aanzien van de uitkomst van het getuigenverhoor<sup>237</sup> dan wel ten aanzien van de betrouwbaarheid van de af te leggen verklaringen.<sup>238</sup> Dit wordt wel het prognoseverbod genoemd.<sup>239</sup> Wanneer geen aanbod tot het doen horen van getuigen is gedaan en de rechter overweegt ambtshalve getuigenbewijs op te dragen, mag hij zijn prognose ten aanzien van de uitkomst wel bij zijn

<sup>234</sup> Zie over de toetsing in cassatie ook paragraaf 4.6.

<sup>235</sup> Zie hierover Thoe Schwartzberg 2008, p. 114, Ekemans 2008, p. 101, Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 93, alsmede Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 317. Ook het onbesproken laten van een bewijsaanbod levert een motiveringsgebrek op. In HR 29 oktober 1999, NJ 1999, 823 overwoog de Hoge Raad namelijk: 'Het hof heeft het bewijsaanbod onbesproken gelaten en aldus onvoldoende inzicht gegeven in de gedachtegang die heeft geleid tot zijn kennelijk oordeel dat dit aanbod diende te worden gepasseerd.' Vgl. ook Westenberg & Fokker 2004, p. 216.

<sup>236</sup> Thoe Schwartzberg 2008, p. 110.

<sup>237</sup> Zie bijvoorbeeld HR 6 april 2001, NJ 2002, 385, m.nt. HJS. Vgl. over dit onderwerp voorts Wieten 2002, p. 50, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 221, Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 146, Asser 2011a, p. 235, Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 225, alsmede Asser in zijn noot onder HR 9 juli 2004, NJ 2005, 270. Van den Brink heeft hierover geschreven dat de feiten van partijen zijn en dat, wanneer zij aangeven iets te willen en kunnen bewijzen, de rechter zich lijdelijk op dient te stellen en moet afwachten of partijen erin zullen slagen het bewijs van de gestelde feiten te leveren. Van den Brink 2008, p. 99.

<sup>238</sup> Thoe Schwartzberg 2008, p. 115.

<sup>239</sup> Stein/Rueb 2007, p. 151.

beoordeling betrekken, zo overwoog de Hoge Raad uitdrukkelijk in het arrest van 13 februari 1998.<sup>240</sup>

Het is niet alleen voor de eiser verstandig een (voldoende gespecificeerd) bewijsaanbod te doen, voor de gedaagde geldt dat evenzeer. Voor de gedaagde zijn er verschillende redenen om ook bewijs aan te bieden van de door hem gestelde feiten en rechten. In de eerste plaats bestaat de kans dat de rechter de door de eisende partij gestelde feiten op voorhand bewezen acht, behoudens tegenbewijs door de gedaagde. Wanneer de gedaagde een dergelijk rechterlijk vermoeden wil ontkrachten, zal hij wel een bewijsaanbod gedaan moeten hebben, omdat anders niet aan bewijsslevering (door de gedaagde) kan worden toegekomen.<sup>241</sup> Datzelfde geldt indien de gedaagde tegenbewijs wenst te leveren tegen dwingend bewijs, tegen een wettelijk vermoeden, tegen het aannemen van causaal verband op grond van de zogenoemde omkeringsregel, tegen verklaringen van getuigen in een eerder gehouden voorlopig getuigenverhoor en tegen feitelijke vaststellingen in een (voorlopig) deskundigenbericht.<sup>242</sup>

Hoewel het leveren van tegenbewijs ook moet worden aangeboden, wordt niet vereist dat dat aanbod ook wordt gespecificeerd, zo volgt uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>243</sup> Voor een partij valt namelijk lastig te anticiperen op het oordeel van de rechter omtrent hetgeen (voorshands) bewezen geoordeeld zal worden.<sup>244</sup> Bovendien hoeft niet uitdrukkelijk te worden aangegeven dat het om een aanbod ter zake van tegenbewijs gaat.<sup>245</sup>

Indien de eisende partij getuigen heeft doen horen, staat het de gedaagde van rechtswege vrij om in contra-enquête getuigen van zijn kant naar voren te brengen, zo volgt uit art. 168 Rv. Het is niet nodig dat een daarop

---

<sup>240</sup> NJ 1999, 560, m.nt. HJS, alsmede HR 20 maart 1998, NJ 1999, 694, m.nt. HJS. Waaroer ook Wieten 2002, p. 50, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 221 en Thoe Schwartzberg 2008, p. 116.

<sup>241</sup> Zoals bijvoorbeeld aan de orde was in Rb. Dordrecht 30 november 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BU6970.

<sup>242</sup> Thoe Schwartzberg 2008, p. 119.

<sup>243</sup> Waaronder HR 9 juli 2004, NJ 2005, 78, HR 2 november 2007, NJ 2007, 587, HR 22 december 2009, JBPr 2010, 25, m.nt. H.L.G. Wieten en HR 3 februari 2012, NJ 2012, 96. Zie voor enkele voorbeelden uit de lagere rechtspraak waarin dit aspect aan de orde was Hof Amsterdam 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BW7816 en Hof Den Bosch 8 november 2011, NJF 2011, 511. Vgl. ook Asser 2004a, nr. 48, Westenberg & Fokker 2004, p. 217, Rutgers 2005, p. 274, Ekelmans 2008, p. 104, Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 427, Ahsmann 2011, p. 228, Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 222, De Bock 2013, p. 61, alsmede Asser in zijn noot onder HR 9 juli 2004, NJ 2005, 270.

<sup>244</sup> Ekelmans 2008, p. 104.

<sup>245</sup> Ekelmans 2008, p. 101, met verwijzing naar HR 3 november 2006, RvdW 2006, 1041.

toegespitst bewijsaanbod is gedaan.<sup>246</sup> Echter, hierbij geldt dat het recht op het leveren van tegenbewijs uitsluitend betrekking heeft op hetzelfde bewijsthema als in de enquête. Indien de gedaagde (ook) ten aanzien van een ander bewijsthema getuigen wil doen horen, zal hij wel een zelfstandig bewijsaanbod moeten doen.<sup>247</sup>

Aan een bewijsaanbod in hoger beroep worden, zoals reeds is aangestipt, in de regel zwaardere eisen gesteld dan in eerste aanleg.<sup>248</sup> Daar waar in eerste aanleg vaak kan worden volstaan met het noemen van de namen van de getuigen die de desbetreffende partij zou kunnen doen horen, zal in appel meer specifiek moeten worden aangegeven wat het bewijsaanbod inhoudt. Gebeurt dat niet, dan zal het hof aan een dergelijk aanbod, als onvoldoende gespecificeerd, voorbij mogen gaan.<sup>249</sup> Partijen die in appel bewijs aanbieden zullen dan ook voldoende concreet duidelijk moeten maken op welke stelling(en) dit bewijs betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zou(den) kunnen afleggen.<sup>250</sup> Het specificatievereiste in hoger beroep gaat niet zover dat ook moet worden vermeld wat de getuigen kunnen verklaren.<sup>251</sup>

Dit vereiste kan onder omstandigheden met zich meebrengen dat een aanbod tot het leveren van tegenbewijs in hoger beroep wél wordt gespecificeerd. Dat is namelijk het geval indien de gedaagde reeds in eerste aanleg getuigen heeft doen horen teneinde tegenbewijs te leveren. Indien diezelfde partij in hoger beroep nader tegenbewijs door het doen horen van getuigen wenst te leveren, zal van haar mogen worden verwacht dat dit

<sup>246</sup> Waarover Asser in zijn annotatie onder HR 9 juli 2004, NJ 2005, 270.

<sup>247</sup> Zie hieromtrent Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 221.

<sup>248</sup> Wieten 2002, p. 51, Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 317 en Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 426. Zie voorts Rutgers 2005, p. 271, die erop heeft gewezen dat aan het bewijsaanbod in hoger beroep wettelijk geen andere eisen worden gesteld dan aan het bewijsaanbod in eerste aanleg, maar dat we desondanks zien dat het bewijsaanbod met name in hoger beroep punt van discussie is. Asser heeft zich kritisch uitgelaten over dit verschil tussen de procedure in eerste aanleg en hoger beroep. Hij is van oordeel dat ook in eerste aanleg het vereiste dient te worden gesteld dat het bewijsaanbod (voldoende) gespecificeerd wordt. Zie hierover zijn noot onder HR 9 juli 2004, NJ 2005, 270, waar Asser het een eis van behoorlijk procederen noemt dat partijen vanaf het begin van de procedure zo specifiek mogelijk zijn ten aanzien van hun bewijsaanbod.

<sup>249</sup> Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 82. Het in appel uitsluitend verwijzen naar het in eerste aanleg geformuleerde bewijsaanbod is over het algemeen, ook indien dat bewijsaanbod in eerste aanleg is gehonoreerd, onvoldoende concreet, aldus Snijders & Wendels/Snijders 2009, nr. 207, met verwijzing naar HR 14 november 1997, NJ 1998, 657 en Hof Arnhem 21 december 1999, NJ 2001, 19.

<sup>250</sup> Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009, nr. 209.

<sup>251</sup> Vgl. onder andere HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613 en HR 24 november 1989, NJ 1990, 186. Zie ook HR 27 mei 2011, NJ 2011, 512, m.nt. H.B. Krans.

bewijsaanbod wordt toegelicht, bijvoorbeeld door te specificeren dat en waarom zij (bepaalde) getuigen (opnieuw) wil laten horen.<sup>252</sup> Ook indien reeds schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, kan de eis dat een bewijsaanbod voldoende specifiek moet zijn, meebrengen dat nader wordt aangegeven in hoeverre de getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij (schriftelijk) al hebben gedaan.<sup>253</sup>

#### **4.2.3.4.1 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi**

Het toepassen van een gezichtspuntencatalogus kan op verschillende fronten van belang zijn voor de vraag of een bewijsaanbod voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Ik noem in dit verband allereerst de voorwaarde dat een bewijsaanbod ter zake dienend moet zijn, hetgeen wil zeggen dat wel bewijs moet worden aangeboden van stellingen die tot toe- of afwijzing van de vordering kunnen leiden. Wanneer bewijs wordt aangeboden van stellingen die dat niet kunnen, zal de rechter het bewijsaanbod als niet ter zake dienend mogen passeren.<sup>254</sup> Voor zover het gaat om uitdrukkelijk door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten ligt het voor de hand dat de (lagere) rechter wel zal aannemen dat de desbetreffende feiten en omstandigheden van belang zijn voor de beoordeling van de aan hem voorgelegde zaak, zodat de daarop gebaseerde stellingen en het bewijsaanbod daarvan ter zake dienend zullen worden geoordeeld.

In paragraaf 2.4.1.1 is uiteengezet dat gezichtspuntencatalogi nooit limitatief geformuleerd zijn, hetgeen met zich meebrengt dat er naast de wel met zoveel woorden genoemde factoren, ook andere feiten en omstandigheden van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak. Welke dat zijn is op voorhand lastig in te schatten en het is naar mijn oordeel aan partijen om die

---

<sup>252</sup> Thoe Schwartzenberg 2008, p. 122, met verwijzing naar HR 12 september 2003, NJ 2005, 268 en HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575. Zie verder ook Rutgers 2005, p. 274, Ekelmans 2008, p. 105 en Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 427. Zie voor een voorbeeld uit de lagere rechtspraak waarin op het specificatievereiste van het aanbod tot het leveren van tegenbewijs in hoger beroep werd ingegaan het arrest van het Hof Den Haag van 26 juli 2011, NJF 2011, 346. Zie ook Hof Den Haag 15 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5972. In deze ontslag op staande voet-zaak overwoog het hof dat de nog niet eerder gehoorde getuige kon worden gehoord. De andere twee opgegeven getuigen waren ook reeds in eerste aanleg gehoord. Omdat de werkgever geen reden had opgegeven waarom deze getuigen opnieuw moesten worden gehoord, ging het hof in zoverre aan het bewijsaanbod voorbij.

<sup>253</sup> HR 9 juli 2004, NJ 2005, 270 en meer recent HR 27 mei 2011, JAR 2011/173, waarin de Hoge Raad oordeelde dat het hof het bewijsaanbod ten onrechte had gepasseerd omdat het daaraan te hoge eisen had gesteld.

<sup>254</sup> Vgl. HR 7 maart 2003, JBPr 2003, 41, m.nt. C.J.M. Klaassen.

aanvullende gezichtspunten te stellen, nu het de rechter niet is toegelaten de feiten aan te vullen. Dat betekent dat, wanneer een partij een beroep wenst te doen op niet in een catalogus genoemde gezichtspunten, maar ook andere factoren in stelling wenst te brengen, de desbetreffende partij die aanvullende gezichtspunten allereerst zal moeten stellen. Er kan namelijk alleen bewijs worden geleverd van gestelde feiten. Vervolgens zal ook bewijs van die aanvullende gezichtspunten moeten worden aangeboden. Het is dan aan de rechter om te bepalen of de aanvullende gezichtspunten van belang zijn voor de toe- of afwijzing van de vordering.<sup>255</sup> Pas als dat het geval is en het bewijsaanbod ook aan de verder daaraan te stellen eisen voldoet, zal het bewijsaanbod kunnen worden gehonoreerd. Ik merk daarbij op dat de rechter een bewijsaanbod mag passeren indien een partij bewijs van al haar stellingen aanbiedt, terwijl zij zoveel feiten en omstandigheden heeft aangedragen dat niet duidelijk is op welke stelling(en) het bewijsaanbod betrekking heeft.<sup>256</sup>

Het kan zijn dat pas gaandeweg de procedure duidelijk wordt dat bepaalde aanvullende gezichtspunten van belang zijn, bijvoorbeeld omdat een en ander ter comparitie ter sprake is geweest. Onder omstandigheden kan het van belang zijn om het reeds geformuleerde bewijsaanbod ook tot die aanvullende gezichtspunten uit te breiden. Partijen zullen dus continu in de gaten moeten houden of hun bewijsaanbod nog wel al hun stellingen dekt.

Hierboven kwam ter sprake dat in hoger beroep over het algemeen strengere eisen worden gesteld aan de specificatie van het bewijsaanbod. Wanneer het gaat om toepassing van een bepaalde gezichtspuntencatalogus kan dat betekenen dat (mogelijk) per gezichtspunt bewijs wordt aangeboden en dat – bij het aanbieden van getuigenbewijs – wordt aangegeven welke getuige(n) over de desbetreffende feiten en omstandigheden zou(den) kunnen verklaren.

Wel dient men er, ook bij toepassing van gezichtspuntencatalogi, rekening mee te houden dat bewijs wordt aangeboden van feiten en niet van juridische argumenten. In dat laatste geval mag de rechter het bewijsaanbod namelijk als niet ter zake dienend passeren, zo schreef A-G Strikwerda in zijn

---

<sup>255</sup> Van den Brink heeft in dit verband naar voren gebracht dat bewijs alleen zinvol is ten aanzien van relevante feiten. De juistheid van allerlei betwiste feiten die niet relevant zijn voor de beslissing kan de rechter in het midden laten. Van den Brink heeft geschreven dat het in procedures vaak wemelt van dergelijke (niet relevante) feiten, omdat partijen zekerheidshalve alles wat de wederpartij stelt betwisten (vgl. Van den Brink 2008, p. 98). Zeker in het geval van toepassing van gezichtspuntencatalogi lijkt mij dat zeer zinvol. Op voorhand is namelijk lastig in te schatten welke van de door de wederpartij naar voren gebrachte feiten en omstandigheden door de rechter van belang worden geacht voor het nemen van een beslissing.

<sup>256</sup> Zie bijvoorbeeld HR 18 september 1992, NJ 1993, 49.



conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 24 september 2010.<sup>257</sup> Als men een bewijsaanbod doet, dient men voldoende concreet aan te geven op welke van de stellingen het bewijsaanbod betrekking heeft en men dient ook voldoende specifiek bewijs van de daaraan ten grondslag liggende feiten aan te bieden.<sup>258</sup> Dat betekent bijvoorbeeld dat men geen bewijs moet aanbieden van de stelling dat sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, maar van feiten en omstandigheden die de conclusie dat er een dringende reden is kunnen rechtvaardigen.

#### 4.2.3.5 Fase 5: bewijsopdracht

In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat partijen geen toestemming van de rechter nodig hebben voor het overleggen van schriftelijke stukken; die kunnen bij conclusie of akte in het geding worden gebracht. Dat ligt anders voor de bewijsmiddelen waarbij wel de medewerking van de rechter vereist is, zoals bij het getuigenverhoor.<sup>259</sup>

Indien de rechter van oordeel is dat ofwel de eiser ofwel de gedaagde (een) bepaalde stelling(en) dient te bewijzen, zal de rechter zich, meestal nadat een comparitie van partijen heeft plaatsgevonden, daarover uitspreken in een tussenvonnis.<sup>260</sup> De rechter zal overwegen wat over en weer is gesteld en wat als vaststaand wordt aangenomen. De nog niet vaststaande feiten en omstandigheden, die van belang zijn voor de door de rechter te nemen beslissing, kunnen onderwerp van bewijslevering vormen. Ervan uitgaande dat de partij, op wie de bewijslast rust, een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan, zal de rechter bij tussenvonnis een uitspraak doen over welke partij bewijs dient te leveren, alsmede wat precies bewezen moet worden (het bewijsthema of probandum).<sup>261, 262</sup> Overigens kan de rechter ook tijdens de comparitie van partijen een bewijsopdracht geven, waarbij wel wordt vereist dat alle partijen ter comparitie zijn verschenen (art. 232 lid 2 sub a Rv). De zaak hoeft in dat geval niet eerst naar de rol te worden verwezen. Dit is echter uitzondering; een bewijsopdracht is meestal in een tussenvonnis opgenomen.<sup>263</sup>

---

<sup>257</sup> RvdW 2010, 1098.

<sup>258</sup> Smits 2011, art. 150, aant. C.3.1.

<sup>259</sup> Dat ligt anders voor het voorlopig getuigenverhoor, waarvoor geen bewijsopdracht nodig is, maar dat vaak voorafgaand aan een procedure bij beschikking wordt gelast. Vgl. Wieten 2002, p. 5.

<sup>260</sup> Het is dan wel noodzakelijk dat de desbetreffende partij in rechte is verschenen, zo volgt uit Hof Leeuwarden 27 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY4505.

<sup>261</sup> Nijboer 1999, p. 21.

<sup>262</sup> Zie in dit verband art. 166 lid 2 Rv.

<sup>263</sup> De Bock 2011, p. 22.

Met het geven van een bewijsopdracht, of preciezer: door het formuleren van het probandum, beslist de rechter welke feiten wel en niet relevant zijn.<sup>264</sup> Afgezien van de reeds vaststaande feiten, bijvoorbeeld omdat deze door de gedaagde onvoldoende gemotiveerd zijn betwist, wordt aangewezen welke feiten nog bewezen moeten worden voordat de rechter tot toewijzing van de vordering kan komen. De bewijslevering, die hierna ter sprake komt, zal zich dan ook op die (nog te bewijzen) feiten concentreren.<sup>265</sup>

Met het formuleren van de bewijsopdracht wordt ook direct een uitspraak over het bewijsrisico gedaan.<sup>266</sup> Indien de partij de aan haar te bewijzen opdragen feiten niet weet te bewijzen, zal dit in haar nadeel werken, hetgeen zal kunnen betekenen dat het pleit in haar nadeel wordt beslecht.<sup>267</sup>

De partij die van oordeel is dat de rechter haar ten onrechte een bewijsopdracht heeft gegeven of die van oordeel is dat het probandum niet juist of niet volledig is, kan daartegen in beginsel niet direct hoger beroep instellen. Het vonnis houdende een bewijsopdracht is een tussenvonnis<sup>268</sup> en art. 337 lid 2 Rv bepaalt dat appel tegen tussenvonnissen is uitgesloten, zodat pas nadat eindvonnis is gewezen (ook) tegen het tussenvonnis kan worden opgekomen. Dat is anders indien de rechter tussentijds appel, al dan niet op verzoek van (één van de) partijen, heeft toegestaan.

#### **4.2.3.5.1 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi**

Het gegeven dat in een bepaalde zaak een gezichtspuntencatalogus wordt toegepast zal niet van invloed zijn op de door de rechter te formuleren bewijsopdracht. Immers, de vraag welke feiten door welke partij dienen te worden bewezen, zal afhangen van de uitkomst van de hierboven beschreven fasen. Wel kan het zo zijn dat ten aanzien van bepaalde gezichtspunten naar het

---

<sup>264</sup> De Bock 2011, p. 260.

<sup>265</sup> Van den Brink adviseert dan ook om de bewijsopdracht zo feitelijk mogelijk te formuleren en zoveel als mogelijk te vermijden dat daarin juridische kwalificaties zijn opgenomen. Zie hierover Van den Brink 2008, p. 99. Wanneer het ontslag op staande voet als voorbeeld wordt genomen, zou de bewijsopdracht niet moeten luiden dat de werkgever moet bewijzen dat sprake is van een dringende reden, maar de bewijsopdracht zou moeten zien op feiten die nog niet zijn komen vast te staan, maar die wel relevant zijn voor de beantwoording van de vraag of een dringende reden kan worden aangenomen.

<sup>266</sup> Al gebeurt dat niet altijd even expliciet, Asser 2011a, p. 236.

<sup>267</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 319.

<sup>268</sup> Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 87. Voorheen werd een vonnis waarbij bewijslevering werd bevolen een interlocutoir vonnis genoemd. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 175. Het probandum treft men aan in het dictum van het vonnis. Idem, nr. 206.

oordeel van de rechter het vereiste bewijs al wel geleverd is en dat dat niet het geval is van enkele andere gezichtspunten, die wel van belang zijn voor de door de rechter te maken beoordeling. In dat geval zullen één of meerdere gezichtspunten expliciet onderdeel kunnen uitmaken van een te formuleren bewijsopdracht. De rechter laat dan blijken welke voor de beoordeling relevante feiten bewijs behoeven. De rechter kan in zo'n geval een (meer) gespecificeerde bewijsopdracht formuleren.<sup>269</sup> Maar dat kan uiteraard net zo goed het geval zijn in zaken waarin niet met een gezichtspuntencatalogus wordt gewerkt, maar de rechter wel van oordeel is dat enkele feiten (nader) bewijs behoeven.

#### 4.2.3.6 Fase 6: bewijslevering

In het civiele geding geschiedt bewijslevering door partijen en niet door de rechter.<sup>270</sup> Partijen kunnen niet verplicht worden bewijs te leveren, waarbij uiteraard wel geldt dat wanneer geen bewijs wordt bijgebracht en het bewijsrisico bij de desbetreffende partij ligt dat voor wat betreft de uitkomst van de procedure in de regel ongunstig uitpakt.

Ons bewijsrecht kent een open systeem van bewijsmiddelen.<sup>271</sup> Art. 152 lid 1 Rv bepaalt namelijk dat bewijs kan worden geleverd door alle middelen, tenzij de wet anders bepaalt. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer de wet schriftelijk bewijs voorschrijft.<sup>272</sup>

Verschillende bewijsmiddelen zijn in de wet genoemd, zoals bewijs door akten en vonnissen, het getuigenbewijs, het deskundigenbericht, alsmede de plaatsopneming en bezichtiging. Uit het open systeem<sup>273</sup> volgt dat ook een beroep op andere bewijsmiddelen kan worden gedaan, zoals bijvoorbeeld camerabeelden, hetgeen in de praktijk nog wel eens leidt tot discussies over de

<sup>269</sup> Vgl. Van der Werf & Jongbloed 1990, p. 177.

<sup>270</sup> Westenberg & Fokker 2004, p. 209. Dat is anders in strafzaken. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 202. Zie hierover voorts Stein/Rueb 2007, p. 126, Thoe Schwartzenberg 2008, p. 15, Asser 2011, p. 226 en Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 13.

<sup>271</sup> De ontwerpers van het nieuwe bewijsrecht hebben afgezien van een opsomming van bewijsmiddelen, zoals in art. 1903 (oud) BW wel het geval was. Vgl. Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 13. Zie Losbl. Kluwer Burgerlijke Rechtsvordering, art. 152, aant. 3 voor de opsomming van art. 1903 (oud) BW.

<sup>272</sup> Zie voor enkele voorbeelden voetnoot 228.

<sup>273</sup> Ook wel vrije bewijsleer genoemd. Het voordeel daarvan is dat bewijsmiddelen die nu nog niet bestaan, maar in de toekomst door de ontwikkeling van de techniek wel, aan de bestaande bewijsmiddelen kunnen worden toegevoegd, zonder dat daarvoor een wijziging van de wet noodzakelijk is, aldus Wieten 2002, p. 13. De andere component van de vrije bewijsleer is dat de waardering van het bijgebrachte bewijs, in de wet genoemde uitzonderingen daargelaten, aan de rechter is, zo volgt uit art. 152 lid 2 Rv. Dit aspect komt in de volgende paragraaf ter sprake.

toelaatbaarheid daarvan, ook in arbeidsrechtelijke zaken. In de volgende paragraaf, waarin de bewijswaardering aan de orde is, zal ik daar kort op ingaan.

Het leveren van bewijs door het in het geding brengen van schriftelijke stukken en het doen horen van getuigen komen in de praktijk het meeste voor.<sup>274</sup> Schriftelijke stukken kunnen bij conclusie of akte in het geding worden gebracht, zonder dat dat bewijs moet zijn aangeboden en zonder dat daarvoor toestemming van de rechter nodig is.<sup>275</sup> Dat ligt anders voor het getuigenbewijs.<sup>276</sup> Ik verwijs in dit verband naar de paragrafen 4.2.3.4 en 4.2.3.5.

Na bewijislevering door de ene partij, mag de andere partij steeds tegenbewijs leveren, tenzij de wet dat uitsluit, zo is bepaald in art. 151 lid 2 Rv.<sup>277</sup> Dat kan door bewijs te leveren van de juistheid van de eigen stellingen, maar dat kan ook door het door de wederpartij bijgebrachte bewijs te ontzenuwen.<sup>278</sup> Dat is dus wat anders dan het leveren van tegendeelbewijs.<sup>279</sup>

Tegenbewijs kan niet worden geleverd wanneer de wet dat uitsluit. Een goed voorbeeld daarvan leverde art. 275 WvK, de zogenoemde getaxeerde verzekering. Indien een verzekerde zaak vooraf door deskundigen, die daartoe door de verzekeringnemer en de verzekeraar waren benoemd, was gewaardeerd, kon de verzekeraar tegen die vaststelling (behoudens bedrog) niet opkomen.

Bij het leveren van schriftelijk tegenbewijs zullen de desbetreffende stukken vaak al zijn overgelegd bij de betwisting van de stellingen van de andere partij, vaak dus al bij conclusie van antwoord. Tegenbewijs door middel van het doen horen van getuigen vergt naast een voldoende gemotiveerde betwisting ook een aanbod daartoe.

---

<sup>274</sup> Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 142, Thoe Schwartzenberg 2008, p. 109, alsmede Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 81.

<sup>275</sup> Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 81. Zie nader over schriftelijk bewijs Veegens & Wiersma/Wiersma & Wiersma 1988, Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 46 e.v., Sniijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 219, Thoe Schwartzenberg 2008, p. 101 e.v., Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 82, Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 322 e.v. en Asser 2011a, p. 236 e.v.

<sup>276</sup> Voor bewijislevering door het doen horen van getuigen verwijs ik naar Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 70 e.v., Sniijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 220 e.v., Thoe Schwartzenberg 2008, p. 125 e.v., Asser 2011a, p. 242 e.v., De Bock 2011, p. 237 e.v. en Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 330 e.v. Zie voor de praktische aspecten van het enquêteren Van der Werf & Jongbloed 1990, p. 88 e.v., alsmede Westenberg & Fokker 2004, p. 102 e.v.

<sup>277</sup> Overigens kunnen partijen ook overeenkomen dat tegenbewijs is uitgesloten, zo volgt uit art. 153 Rv. Dat kan echter niet ten aanzien van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan.

<sup>278</sup> Asser 1994, p. 12 en Asser 2011, p. 222. Uiteraard moet het tegenbewijs zich wel keren tegen reeds in de procedure (vooralsnog) gebleken feiten en omstandigheden, Wiersma 2010, p. 468.

<sup>279</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 660.

Wanneer de gedaagde in het kader van de op hem rustende bewijslast bewijs levert of indien hij een bevrijdend verweer met bewijs staft, staat het vervolgens de eisende partij vrij om tegenbewijs te leveren. Ook daarbij geldt uiteraard dat de stellingen van de gedaagde wel voldoende gemotiveerd moeten zijn betwist en dat een bewijsaanbod moet zijn gedaan.<sup>280</sup>

#### **4.2.3.6.1 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi**

Uit de in de hoofdstukken 2 en 3 genoemde arresten van de Hoge Raad blijkt dat er een grote hoeveelheid aan (verschillende) gezichtspunten is geformuleerd, ook binnen het arbeidsrecht. Hoe bewijs moet worden geleverd van op die gezichtspunten gebaseerde stellingen, laat zich in zijn algemeenheid niet zeggen. Dat hangt steeds weer af van de soort zaak waarin de gezichtspunten worden ingeroepen, de inhoud van de desbetreffende gezichtspunten, de beschikbare bewijsmiddelen, etc. Het bespreken van alle denkbare bewijsmiddelen in combinatie met alle denkbare gezichtspunten (die in theorie oneindig zijn) is dan ook een exercitie die weinig zal opleveren. Ik zal dit aspect verder laten voor wat het is.

Wel merk ik nog op dat de in een gezichtspuntencatalogus genoemde criteria zich niet voor bewijslevering lenen. Asser heeft hierop gewezen aan de hand van het Haviltex-arrest.<sup>281</sup> Asser schreef dat de maatstaven die gelden voor de uitleg van de rechtshandeling, bijvoorbeeld de Haviltex-maatstaf voor de overeenkomst, niet voor bewijs vatbaar zijn, omdat zij tot het recht behoren. De parameters van een maatstaf die van feitelijke aard zijn, zoals de ‘gegeven omstandigheden’ in de Haviltex-maatstaf, zijn, zo vervolgde Asser, wel voor bewijs vatbaar.<sup>282</sup> De gezichtspunten als zodanig hoeven c.q. kunnen niet worden bewezen. Dat geldt wel voor de feiten en omstandigheden aan de hand waarvan aan die gezichtspunten invulling wordt gegeven.

#### **4.2.3.7 Fase 7: bewijswaardering**

Door bewijs te leveren van een betwist feit, bewerkstelligt de betrokken partij dat de rechter het feit als vaststaand beschouwt en aan zijn beslissing ten grondslag kan leggen.<sup>283</sup> Het oordeel van de rechter omtrent de vraag of een bepaald feit wel of niet bewezen is, is dus van groot belang. Daarvoor zal de

<sup>280</sup> Zie over (het leveren van) tegenbewijs uitgebreid Asser 2004a, nr. 45 e.v.

<sup>281</sup> Arrest nummer 2 in paragraaf 2.3.1.

<sup>282</sup> Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 61.

<sup>283</sup> Asser 2011a, p. 220.

rechter het door partijen aangedragen bewijs moeten waarderen.<sup>284</sup> Daar gaat deze paragraaf over.

In paragraaf 4.2.2 is beschreven dat aan de rechter een redelijke mate van zekerheid moet worden verschaft. Maar wanneer is daarvan sprake? Het is aan de feitenrechter om daarover te oordelen.<sup>285</sup> Art. 152 lid 2 Rv bepaalt namelijk dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. De vrije bewijsleer,<sup>286</sup> die als hoofdregel in art. 152 Rv is vastgelegd, gaat ervan uit dat de rechter in zijn oordeel ten aanzien van de overtuigende kracht van enig bewijs in beginsel niet door wetbepalingen mag worden gehinderd, omdat zij afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, aldus Hidma en Rutgers.<sup>287</sup> In beginsel bepaalt de rechter zelf de bewijskracht van de bewijsmiddelen die hem ter beoordeling zijn voorgelegd.<sup>288</sup> De rechter heeft bij die beslissing, zo volgt uit rechtspraak van de Hoge Raad, een grote vrijheid.<sup>289</sup> Zo kan de rechter bewijs geleverd achten op basis van (slechts) één bewijsmiddel.<sup>290</sup> De door de rechter benodigde zekerheid voor de bewijsbeslissing kan ook afhankelijk zijn van het onderwerp

---

<sup>284</sup> Elders heeft de bewijswaardering aangeduid als één van de kernproblemen van ons procesrecht. Elders 1990, p. 3.

<sup>285</sup> Zie hierover Giesen 1999, p. 625. Zie ook Duk 2010, p. 17, waar Duk schreef dat de waardering van bewijs een 'feitelijk' terrein is waarop de Hoge Raad zich niet begeeft. Een dergelijk oordeel kan in cassatie uitsluitend met een motiveringsklacht worden bestreden. Zie over de motivering van uitspraken en de daaraan te stellen eisen paragraaf 4.5.

<sup>286</sup> Aldus Nijboer is het een misvatting dat de vrije bewijsleer net zo iets is als discretionaire bevoegdheid voor de rechter. Nijboer 1999, p. 16.

<sup>287</sup> Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 35. Door het zo min mogelijk opwerpen van 'bewijsbelemmerende voorschriften' kan zoveel als mogelijk de materiële waarheid worden gevonden, aldus Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 59 en 61.

<sup>288</sup> Asser 2004a, nr. 2. Het doel is dus de perceptie van de rechter, aldus Asser 1999, p. 1251. Daarbij kan de rechter ook rekening houden met de processuele opstelling van partijen. Het ligt voor de hand dat een rechter bewijsmiddelen van een partij die zich door haar obstructieve gedrag ongeloofwaardig maakt met andere ogen bekijkt dan die van een partij die op een coöperatieve wijze procedeert, aldus Van der Wiel 2004, nr. 349.

<sup>289</sup> In dit verband zij gewezen op HR 5 december 2003, NJ 2004, 74. Waar (ook) in dit kader wordt gesproken van de vrije bewijsleer, heeft De Bock de vraag opgeworpen of het wel terecht is de rechterlijke vrijheid bij de bewijswaardering zo centraal te stellen. De Bock heeft er in dit verband op gewezen dat de uitzonderingen op het beginsel van de vrije bewijskracht zo'n breed terrein bestrijken, dat het de vraag is of niet beter van 'gedeeltelijke vrijheid' of 'gedeeltelijke gebondenheid' te spreken. De Bock 2011, p. 188.

<sup>290</sup> Ekelmans 2008, p. 107. Vgl. ook Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 34, met verwijzing naar HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 102. De regel 'één getuige, geen getuige' van art. 1942 (oud) BW is in het nieuwe bewijsrecht niet teruggekeerd. Zie voor de beperking ten aanzien van de partijgetuige hieronder.

waarover wordt geprocedeerd. De aard van het recht dat in geding is, is namelijk van belang voor het bewijs. Daaraan zullen in de regel zwaardere eisen worden gesteld indien de rechtsgevolgen van het aannemen van bepaalde feiten diep ingrijpen in de rechten van een bepaalde partij.<sup>291</sup> Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer wordt geprocedeerd over de vraag of de werkgever de werknemer al dan niet terecht op staande voet heeft ontslagen. De rechter zal het bewijs van feiten die leiden tot de conclusie dat sprake is van een dringende reden niet lichtvaardig aannemen.

De beslissing van de rechter ten aanzien van de waardering van het bewijs kan in cassatie slechts in beperkte mate worden getoetst.<sup>292</sup> Een dergelijke beslissing kan slechts met een motiveringsklacht worden aangevallen.<sup>293</sup> De beslissing ten aanzien van de vraag of een bepaald feit wel of niet bewezen is, moet namelijk wel worden gemotiveerd.<sup>294</sup> De Hoge Raad overwoog in dit verband in zijn arrest van 16 oktober 1998:<sup>295</sup>

‘Het hof, als rechter die over de feiten oordeelt, was weliswaar vrij in de waardering van de in het geding gebrachte stukken, maar ook ten aanzien van het oordeel of het bewijs is geleverd, geldt het grondbeginsel van een behoorlijke rechtspleging dat elke rechterlijke beslissing ten minste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaande hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.’<sup>296</sup>

In beginsel geldt dus de vrije bewijskracht, zodat de rechter vrij is in de waardering van het bewijs. Daarop zijn, zo volgt uit art. 152 lid 2 Rv,

---

<sup>291</sup> Thoe Schwartzberg 2008, p. 143. Zie ook Westenberg & Fokker 2004, p. 221. Zie tevens Elders 1990, p. 5.

<sup>292</sup> Zo volgt uit HR 14 december 2001, NJ 2002, 105, m.nt. DWFV.

<sup>293</sup> Zie hierover Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 230, met verwijzing naar rechtspraak in voetnoot 140. Zie ook Giesen 2001, p. 49.

<sup>294</sup> Wiersma 2010, p. 473-474.

<sup>295</sup> NJ 1999, 7. Zie ook reeds HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659.

<sup>296</sup> Zie over de op de rechter rustende motiveringsplicht nader paragraaf 4.5. In het kader van de bewijswaardering gaat de motiveringsplicht niet zover dat de rechter beslissingen inzake het al dan niet meewegen van en voldoende gewicht toekennen aan getuigenverklaringen omstandig moet motiveren, aldus Stein/Rueb 2007, p. 140-141. Ik wijs in dit verband nog op Giesen, die schreef: ‘De motivering dient uiteraard begrijpelijk en vrij van innerlijke tegenstrijdigheid te zijn. Verder dient de rechter expliciet in te gaan op de bezwaren die door een partij zijn geuit met betrekking tot een bewijsmiddel, als hij dat middel wil gebruiken tenminste. Hij dient die bezwaren te weerleggen.’ Giesen 2001, p. 62.

uitzonderingen mogelijk. Dat is in de eerste plaats het geval ten aanzien van bewijsmiddelen waaraan dwingende bewijskracht toekomt. Blijkens art. 151 lid 1 Rv houdt dit in dat de rechter verplicht is de inhoud van bepaalde bewijsmiddelen als waar aan te nemen dan wel verplicht is de bewijskracht te erkennen die de wet aan bepaalde gegevens verbindt. Lid 2 van art. 151 Rv voegt hieraan toe dat ook tegen dwingend bewijs het leveren van tegenbewijs vrij staat, tenzij dat door de wet wordt uitgesloten. Dwingend bewijs is dus bewijs dat de rechter voor waar dient aan te nemen, zolang tegenbewijs het bewijs niet ontzenuwt.<sup>297</sup>

Dwingend bewijs wordt bijvoorbeeld toegekend aan authentieke akten, zo bepaalt art. 157 lid 1 Rv. Een ander voorbeeld biedt art. 161 Rv, dat bepaalt dat een in kracht van gewijsde gegaan, op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, dwingend bewijs van dat feit oplevert.<sup>298</sup> Indien bijvoorbeeld de werkgever een werknemer heeft ontslagen omdat deze bedrijfseigendommen heeft onvreemd en de strafrechter komt tot een veroordeling wegens diefstal (en het vonnis onherroepelijk is en geen verstekvonnis betreft), zal de burgerlijke rechter, in het geschil over het ontslag, als vaststaand aannemen dat de werknemer de diefstal heeft gepleegd. De werknemer zal nog wel tegenbewijs mogen leveren.

Naast de vrije bewijskracht en dwingende bewijskracht kan het ook voorkomen dat aan bepaalde bewijsmiddelen beperkte bewijskracht toekomt. Dat is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van een door een partij afgelegde getuigenverklaring die betrekking heeft op feiten waarvan zij de bewijslast draagt. Die verklaring, zo bepaalt art. 164 lid 2 Rv, kan alleen bewijs in het voordeel van die partij opleveren indien de verklaring strekt ter aanvulling van onvolledig bewijs.<sup>299</sup> Dat betekent dat, anders dan bijvoorbeeld ten aanzien van ‘gewone’ getuigenverklaringen, het vereiste bewijs niet geleverd kan worden op basis van uitsluitend de verklaring van een partijgetuige.<sup>300</sup> Aan de verklaring van een partijgetuige op wie de bewijslast *niet* rust, komt vrije bewijskracht toe.<sup>301</sup> De beperking van art. 164 lid 2 Rv geldt in dat geval niet.<sup>302</sup>

---

<sup>297</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 651.

<sup>298</sup> Zie over dit artikel onder andere Cabboort & Quist 2008, p. 339-340.

<sup>299</sup> De rechter is wel weer vrij in zijn waardering van de aanwezigheid van een begin van bewijs. Vgl. Elders 1990, p. 13.

<sup>300</sup> Vgl. over dit onderwerp Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 73, Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 86, Asser 2011a, p. 243, De Bock 2011, p. 278 e.v., alsmede Visser 1997, p. 76.

<sup>301</sup> De Tombe-Grootenhuys 1993, p. 109.

<sup>302</sup> In dit kader is het onderscheid tussen het leveren van tegenbewijs en het leveren van tegendeelbewijs essentieel. Zie hierover Thoe Schwarzenberg 2008, p. 146, alsmede Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 91.



Ten aanzien van sommige bewijsmiddelen bepaalt de wet dat de rechter daaraan geen bewijs mag ontleen. Die bewijsmiddelen hebben in het geheel geen bewijskracht. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de verklaring die een partij, op wie de bewijslast rust, ter comparitie heeft afgelegd. Art. 88 lid 4 Rv bepaalt namelijk dat een verklaring omtrent door haar te bewijzen feiten geen bewijs in het voordeel van de partij die de verklaring aflegde kan opleveren.<sup>303</sup> Daar staat tegenover het begrip beslissend bewijs, waarmee wordt aangeduid dat tegenbewijs is uitgesloten. Het oorspronkelijk geleverde bewijs is dan – zo het door de rechter geleverd wordt geacht – beslissend.<sup>304</sup>

Een aspect dat regelmatig, ook in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie, terugkeert is het zogenoemde onrechtmatig verkregen bewijs.<sup>305</sup> Als een bewijsmiddel door een partij op onrechtmatige wijze is verkregen, bijvoorbeeld wanneer een video-opname is gemaakt terwijl daarmee het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de ander is geschonden, kan de rechter het bewijsmiddel uitsluiten.<sup>306</sup> Het enkele feit dat sprake is van onrechtmatige verkrijging is daartoe veelal onvoldoende, waardoor bijkomende omstandigheden vereist zijn.<sup>307</sup> Het belang van de waarheidsvinding brengt met zich dat de rechter niet snel zal overgaan tot het uitsluiten van bewijs, zeker niet als een partij daarmee leugens van de andere partij aan het licht kan brengen.<sup>308</sup> Blijkens de parlementaire geschiedenis is het aan het oordeel van de rechter overgelaten of in een concreet geval, oordelend aan de hand van de omstandigheden, sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs.<sup>309</sup> Wiersma heeft in dit verband geschreven dat wie zich ‘rovend en brandschattend’ bewijsmiddelen verwerft, daaraan in het burgerlijk proces geen voordeel mag ontleen.<sup>310</sup> Koevoets heeft

<sup>303</sup> Zie ook art. 179 lid 4 Rv, waarover Ekelmans 2008, p. 110, met verwijzingen naar rechtspraak.

<sup>304</sup> Zie hierover Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 231, alsmede Asser 2004a, nr. 2. Zie voor het begrip ‘beslissend bewijs’ ook Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 96 en 97.

<sup>305</sup> Zie over dit onderwerp uitvoerig Kremer 1999, Scheepstra & Estourgie 2006, p. 8 e.v., De Vries 2008, p. 285 e.v., Smits 2011, art. 150, aant. C.4, alsmede Van der Kraats 2012, p. 15 e.v.

<sup>306</sup> Het stelsel van de wet staat daar niet aan in de weg, aangezien de rechter vrij is in de waardering van het bewijs. Vgl. Koevoets 2004, p. 52.

<sup>307</sup> Vgl. HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850, m.nt. EAA en HR 7 februari 1992, NJ 1993, 78, m.nt. HJS.

<sup>308</sup> Asser 2011a, p. 224.

<sup>309</sup> Zie hierover Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 57. De vrijheid van de rechter in de bewijswaardering brengt mee dat de rechter aan de hand van alle omstandigheden van het geval bepaalt welk gewicht hij toekent aan eventueel onrechtmatig verkregen bewijs, aldus De Groot 2012, p. 65.

<sup>310</sup> Wiersma 1997, p. 443.

naar voren gebracht dat het ook in het arbeidsrecht indruist tegen het rechtsgevoel wanneer de werkgever zou kunnen profiteren van hetgeen hij met onrechtmatig handelen jegens de werknemer heeft verkregen.<sup>311</sup> De rechter staat hier wel voor een (vaak moeilijke) beslissing waarbij hij de onrechtmatigheid van het gebruik van het gewraakte bewijsmiddel moet afwegen tegen het belang van de waarheidsvinding.<sup>312</sup>

Indien wordt aangenomen dat de wijze waarop bepaald bewijs is verkregen onrechtmatig is, kan daarvoor een rechtvaardiging bestaan, zo volgt onder andere uit het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2001.<sup>313</sup> In de zaak die tot dit arrest leidde had de werkgever (Wennekes) als bewijs voor verduistering opnamen gebruikt van een verborgen, op de kassa gerichte, camera. De werkneemster (L.) stelde dat dit bewijs ontoelaatbaar was, omdat met de opnamen inbreuk was gemaakt op het – onder meer in art. 8 EVRM vastgelegde – recht op eerbiediging van haar privéleven.<sup>314</sup> Dit verweer werd verworpen. De Hoge Raad oordeelde:

‘Nu enerzijds Wennekes aldus een gerechtvaardigd belang had door middel van een videocamera opnamen te maken, zonder haar werknemers van te voren te waarschuwen, terwijl anderzijds de opnamen slechts de gedragingen van het personeel bij de kassa betroffen, moet worden aangenomen dat, ook indien Wennekes aldus een inbreuk op het privéleven van L. zou hebben gemaakt, dit nog niet betekent dat het bewijsmateriaal in een procedure als de onderhavige niet mag worden gebruikt.’

Ondanks dat de sanctie van bewijsuitsluiting terughoudend wordt toegepast, zijn er wel voorbeelden waarin de rechter tot een dergelijk oordeel kwam. Een (arbeidsrechtelijk) voorbeeld biedt de beschikking van de Kantonrechter Middelburg van 8 april 2010.<sup>315</sup> In deze ontbindingsprocedure tussen een zorginstelling en een verpleger, had de werkgever een beroep gedaan op camerabeelden die door de dochters van een patiënt waren gemaakt. De

---

<sup>311</sup> Koevoets 2004, p. 52.

<sup>312</sup> Elders 1990, p. 8.

<sup>313</sup> NJ 2001, 421, m.nt. PAS. Zie over dit arrest ook Koevoets 2004, p. 43, met verwijzingen naar andere rechtspraak.

<sup>314</sup> Overigens is, kort gezegd, het maken van video-opnamen, zonder dat daarvan voorafgaand melding is gemaakt, strafbaar gesteld in art. 139f Sr en art. 441b Sr. Voor een bespreking van deze bepalingen verwijs ik naar Koevoets 2006, p. 44 e.v.

<sup>315</sup> JAR 2010/173. Zie voor andere arbeidsrechtelijke uitspraken waarin deze problematiek een rol speelt onder andere Ktr. Delft 6 december 2007, NJF 2008, 32, Ktr. Groningen 18 maart 2008, NJF 2008, 197 en Hof Amsterdam 20 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9104.

kantonrechter oordeelde dat het beeldmateriaal op onrechtmatige wijze was verkregen. De werknemer was niet van het plaatsen van de camera in kennis gesteld. Voorts achtte de kantonrechter het gebruik van de camera niet proportioneel en ook werd belang toegekend aan het feit dat het niet de werkgever zelf was die de camera had geplaatst, maar een derde.<sup>316</sup>

#### **4.2.3.7.1 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi**

Net als bij de fase van de bewijslevering het geval is, kan ook ten aanzien van de bewijswaardering niet in algemene zin worden aangegeven wat de (mogelijke) gevolgen zijn van de toepassing van gezichtspuntencatalogi. Nu al niet uiteengezet kan worden door welke bewijsmiddelen (verschillende) gezichtspunten kunnen worden bewezen, is het al helemaal ondoenlijk iets te zeggen over de bewijswaardering. Daarvoor zullen we namelijk eerst moeten weten wat er precies bewezen moet worden, welke bewijsmiddelen worden voorgebracht, wat de inhoud van het bewijs is, etc.

Wel lijkt het erop dat de (in beginsel) vrije bewijsleer het maken van een inschatting van de uitkomst van een procedure, waarin een gezichtspuntencatalogus moet worden toegepast, er niet gemakkelijker op maakt. Immers, in paragraaf 2.7.2 is bij de bezwaren tegen het gebruik van lijsten met relevante factoren genoemd dat het voorspellen van de uitkomst van een procedure erg lastig is, omdat onduidelijk is hoe gezichtspunten geïnterpreteerd en gewogen moeten worden, onduidelijk is waar het omslagpunt ligt, de gezichtspunten weinig directief zijn en omdat met gezichtspunten ieder (gewenst) resultaat kan worden bereikt.

Voor zover bepaalde als gezichtspunten in een catalogus opgenomen feiten en omstandigheden door één van de betrokken partijen moeten worden bewezen, ontstaat onzekerheid met betrekking tot de vraag of de rechter het bijgebrachte bewijs voldoende acht. De rechter is in beginsel, zo bleek hierboven, namelijk vrij in de beoordeling daarvan. Niet voor niets heeft De Bock in haar proefschrift gewezen op de nadelen van deze rechterlijke vrijheid. Zij schreef:

‘Uit het oogpunt van waarheidsvinding is het een nadeel dat er geen houvast is voor de rechter om te bepalen of een positieve bewijsbeslissing kan of moet worden genomen en het te bewijzen feit dus als waar heeft te gelden. Dit kan met zich meebrengen dat ook partijen niet kunnen inschatten welke beslissing

---

<sup>316</sup> Zie hierover ook Hendrikse 2011b, p. 36.

de rechter zal nemen, zodat sprake is van onzekerheid over hun processuele positie.’<sup>317</sup>

Asser ging nog wat verder, waar hij schreef dat er ten aanzien van het leveren van bewijs en de waardering daarvan voor partijen en de rechter weinig dwang en veel discretionaire bevoegdheid is. Aldus Asser laat het bewijsrecht ons, als het gaat om het daadwerkelijk boven water krijgen van feiten en gegevens die nodig zijn voor een gedegen uitspraak, door het liberale karakter ervan in de steek.

‘De praktijk weet vaak niet waar zij aan toe is, de uitkomst van de procedure is een lot in de loterij. Waar alles mag en alles kan heerst al snel de willekeur.’<sup>318</sup>

Als dat in zijn algemeenheid al geldt, dan geldt bij toepassing van gezichtspuntenrechtspraak een dubbele onzekerheid voor partijen. Allereerst moeten zij maar afwachten of de rechter het bewijs ten aanzien van bepaalde gezichtspunten geleverd acht, waarna partijen in onzekerheid verkeren over de vraag welke gezichtspunten de rechter aan zijn beoordeling ten grondslag zal leggen, hoe deze worden uitgelegd en hoe zij tegen elkaar worden afgewogen. Kortom, onzekerheid troef.

#### **4.2.4 De verzoekschriftprocedure en het kort geding**

De hierboven genoemde en uitgewerkte fasen hebben betrekking op de dagvaardingsprocedure, zo was aan het begin van paragraaf 4.2.3 aangekondigd. Echter, sommige procedures dienen met een verzoekschrift te worden ingeleid, waarvan de ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW een voorbeeld is. Bovendien wordt regelmatig geprocedeerd bij de kort gedingrechter, ook in arbeidszaken, bijvoorbeeld wanneer de werknemer op staande voet is ontslagen en hij wedertewerkstelling en loondoorbetaling vordert.<sup>319</sup> Het ligt voor de hand dat de werkgever ten aanzien van die vorderingen in kort geding wordt gedagvaard. De kort gedingrechter zal dan een uitspraak moeten doen over de vraag of het ontslag op staande voet, naar zijn voorlopig oordeel, stand zal houden in een bodemprocedure.

Zowel in verzoekschriftprocedures als in kort geding kunnen bewijsrechtelijke aspecten aan de orde komen. De vraag rijst dan of het bovenstaande ook op deze procedures van toepassing is. Daar zal ik hieronder kort op ingaan.

---

<sup>317</sup> De Bock 2011, p. 189.

<sup>318</sup> Asser 1999, p. 1254.

<sup>319</sup> Waarover Jakimowicz & Disselkoen 2007, p. 113.

#### 4.2.4.1 De verzoekschriftprocedure

In art. 182 (oud) Rv werden de bewijsrechtelijke artikelen genoemd die, tenzij uit de wet anders voortvloeide, van overeenkomstige toepassing waren op de verzoekschriftprocedure. De wetgever beperkte de gebondenheid van de rechter aan het bewijsrecht in verzoekschriftprocedures tot een aantal met name genoemde artikelen.<sup>320</sup> Door de Hoge Raad werden gaandeweg steeds meer artikelen van overeenkomstige toepassing verklaard.<sup>321</sup> Zo overwoog de Hoge Raad in zijn uitspraak van 28 mei 1999:<sup>322</sup>

‘Blijkens de geschiedenis van zijn totstandkoming beoogt art. 182 Rv niet analoge toepassing van daar niet genoemde bepalingen van bewijsrecht in verzoekschriftprocedures uit te sluiten.<sup>323</sup> De rechtsontwikkeling sedertdien gaat duidelijk in de richting dat de bepalingen van bewijsrecht ook gelden in verzoekschriftprocedures, tenzij de aard van de desbetreffende verzoekschriftprocedure zich tegen toepasselijkheid van de betrokken bepaling verzet. Zulks is in overeenstemming met de steeds verder gaande doorwerking van beginselen van een behoorlijke rechtspleging, zoals deze blijkens de rechtspraak van het EHRM besloten liggen in art. 6 EVRM.’

Deze ontwikkeling heeft uiteindelijk geresulteerd in het huidige art. 284 lid 1 Rv, dat bepaalt dat de negende afdeling van de tweede titel van overeenkomstige toepassing is, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet.<sup>324</sup> Concreet betekent dit dat de artt. 149 tot en met 207 Rv ook in de verzoekschriftprocedure gelden, tenzij die toepassing niet strookt met de aard van de desbetreffende zaak. Art. 284 Rv gaat daarmee aanzienlijk verder dan het oude art. 182,<sup>325</sup> al is niet geheel duidelijk bij welke zaken de aard daarvan zich tegen toepasselijkheid van het bewijsrecht verzet.<sup>326</sup>

Een voorbeeld van deze uitzondering geldt in ieder geval voor zaken met een spoedeisend karakter. De memorie van toelichting noemt in dit verband als voorbeeld spoedeisende art. 7:685 BW-procedures.<sup>327</sup> Het gaat hier om een

<sup>320</sup> Van der Nat-Verhage 1988, p. 22.

<sup>321</sup> Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 44.

<sup>322</sup> NJ 1999, 694, m.nt. HJS.

<sup>323</sup> Zie daarvoor Kamerstukken II 1980/81, 10 377, nr. 7, p. 13 en Kamerstukken II 1984/85, 10 377, nr. 13, p. 31.

<sup>324</sup> De leden 2 tot en met 4 van art. 284 Rv geven nog enkele aanvullende regels, waarover Thoe Schwartzberg 2008, p. 165 en Asser 2011, p. 216.

<sup>325</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 157.

<sup>326</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 312.

<sup>327</sup> Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 158. Uit de memorie van toelichting wordt niet duidelijk of bedoeld is dat alle ontbindingsprocedures per definitie een spoedeisend

eenvoudige en op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure.<sup>328</sup> Niet voor niets spreekt art. 7:685 lid 2 BW van gewichtige redenen die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst 'billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen'.<sup>329</sup> Dat volgt ook uit de aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters. Aanbeveling 1.1 beveelt namelijk aan om de procedure binnen acht weken af te ronden.<sup>330</sup> De rechter kan bewijslevering in een ontbindingsprocedure toestaan, maar daartoe is hij niet verplicht, ook niet indien een op zichzelf toereikend bewijsaanbod is gedaan.<sup>331</sup>

Bewijslevering in een ontbindingsprocedure is hoge uitzondering.<sup>332</sup> Dat geldt dan uiteraard met name voor zover het bewijslevering betreft waarbij de medewerking van de rechter noodzakelijk is.<sup>333</sup> In de beschikking van 29 september 2000<sup>334</sup> overwoog de Hoge Raad, dat het oordeel van de rechtbank, dat de aard van de onderhavige ontbindingsprocedure zich niet leent voor getuigenbewijs of een deskundigenonderzoek, geen blijk geeft van een

---

karakter hebben dat zich tegen toepasselijkheid van de bewijsregels verzet, of dat dit slechts geldt voor ontbindingsprocedures met een bijzonder spoedeisend karakter, Kroeks 2000, p. 6. Ynzonides heeft geschreven dat de minister naar zijn gevoel heeft beoogd te zeggen dat ontbindingsprocedures in het algemeen onder de uitzondering vallen, Ynzonides 2000, p. 346. Ook Alt is van oordeel dat zowel de wetgever als de Hoge Raad met de invoering respectievelijk de uitleg van art. 284 Rv de bedoeling heeft gehad om alle ontbindingsprocedures van alle wettelijke bewijsregels uit te zonderen. Er bestaat aldus Alt niet zoiets als een verschil tussen spoedeisende en niet-spoedeisende ontbindingsprocedures. Alt 2012, p. 5.

<sup>328</sup> Aldus bijvoorbeeld de Hoge Raad in de uitspraak van 3 december 1982, NJ 1983, 182 en HR 22 november 1996, NJ 1997, 205, m.nt. PAS. Zie ook Stein/Rueb 2007, p. 124, 271 en 276, Asser 2011a, p. 216, alsmede Smits 2011, art. 150, aant. C.2.5.

<sup>329</sup> Bosman 1994, p. 28.

<sup>330</sup> Vesterling 2010, p. 400, die erop heeft gewezen dat deze termijn weinig ruimte laat voor bewijslevering via getuigen of deskundigen. De aanbevelingen zijn te raadplegen via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>331</sup> Wieten 2002, p. 7. Zie over het bewijsrecht in 7:685 BW-zaken Bij de Vaate 2012, p. 49 e.v.

<sup>332</sup> Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 454. Zie over deze materie Ktr. Utrecht 3 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1905. Zie ook de uitspraak van de Kantonrechter te Bergen op Zoom van 24 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5906. Uit deze beschikking blijkt dat de kantonrechter bij wijze van hoge uitzondering het doen horen van één getuige heeft toegelaten. Dit verhoor vond plaats in het kader van een voorlopig getuigenverhoor, dat onmiddellijk voorafgaand aan de mondelinge behandeling werd gehouden.

<sup>333</sup> In de praktijk vermijden kantonrechters in ontbindingszaken getuigenverhoren, aldus Thoe Schwartzenberg 2008, p. 168. Zie ook Smits 2011, art. 150, aant. C.2.5. Dat de aard van de ontbindingsprocedure zich tegen het doen horen van getuigen verzet, werd uitdrukkelijk overwogen door de Kantonrechter Nijmegen in de beschikking van 2 juli 2010, JAR 2010/224.

<sup>334</sup> NJ 2001, 302, m.nt. PAS.

onjuiste rechtsopvatting. Uiteraard kunnen partijen wel schriftelijke stukken hechten aan het verzoek- respectievelijk verweerschrift.<sup>335</sup> Daarbij kan ook worden gedacht aan schriftelijke getuigenverklaringen.

Bosse heeft in haar proefschrift gepleit voor toepassing van het bewijsrecht in ontbindingszaken, zodat ook de regels omtrent bewijslastverdeling gelden.<sup>336</sup> Asser heeft erop gewezen dat deze opvatting steun verdient, indien ten aanzien van de aard van het te leveren bewijs zodanig lichtere eisen worden gesteld dat de snelheid van de procedure niet teveel geweld wordt aangedaan.<sup>337</sup>

#### **4.2.4.1.1 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi**

Op voorhand is niet altijd duidelijk of hetgeen hierboven is geschreven ten aanzien van het bewijsrecht in dagvaardingszaken ook voor de verzoekschriftprocedure geldt. In beginsel is dat wel het geval, maar de aard van de zaak kan zich tegen toepassing verzetten. Of dat het geval is, dient de rechter te beoordelen. Voor zover het bewijsrecht van overeenkomstige toepassing is, geldt hetgeen hierboven is geschreven.

Omdat partijen het oordeel van de rechter, of de aard van een bepaalde zaak zich tegen overeenkomstige toepassing van het bewijsrecht verzet (en zo ja, wat de gevolgen daarvan precies zijn), wellicht lastig kunnen inschatten, is het naar mijn idee in het algemeen – dus ook in zaken waarin een gezichtspunten-catalogus een rol speelt – aan te bevelen zich zoveel als mogelijk op toepasselijkheid van het bewijsrecht in te stellen. Dat betekent dat de stellingen van de wederpartij voldoende gemotiveerd moeten worden betwist. Ook kunnen schriftelijke bewijzen in het geding worden gebracht. Omdat niet duidelijk is of aan nadere bewijslevering kan worden toegekomen, verdient het aanbeveling alle stukken zoveel als mogelijk bij het verzoek- respectievelijk verweerschrift te voegen. Voor het geval bewijslevering door de rechter wel wordt toegestaan, dient in deze processtukken een voldoende specifiek en ter zake dienend bewijsaanbod te worden gedaan. Indien dat achterwege blijft, kan aan (nadere)

---

<sup>335</sup> Thoe Schwartzberg 2008, p. 168, alsmede Alt 2009, p. 45.

<sup>336</sup> Bosse 2003, p. 253.

<sup>337</sup> Asser 2004, nr. 19. Men kan zich afvragen of het naar beneden bijstellen van de bewijswaarderingsmaatstaf (bijvoorbeeld in die zin dat men aannemelijk moet maken in plaats van een redelijke mate van zekerheid moet bieden) veel uitmaakt voor de snelheid waarmee het bewijs wordt geleverd. Het stellen van lichtere eisen aan het bewijs zal er in zijn algemeenheid niet toe leiden dat een getuigenverhoor sneller verloopt of op een kortere termijn kan worden ingepland.

bewijslevering niet worden toegekomen. Ook Alt heeft er in zijn proefschrift op gewezen dat het zinvol is om een bewijsaanbod te doen.<sup>338</sup>

#### 4.2.4.2 Het kort geding

Algemeen wordt aangenomen dat het kort geding zich niet leent voor toepassing van het wettelijk bewijsrecht.<sup>339</sup> Het karakter van een voorlopige voorziening en de snelheid waarmee het kort geding moet worden gevoerd verzetten zich in beginsel tegen afzonderlijke bewijslevering.<sup>340</sup> De rechter in kort geding<sup>341</sup> is dan ook niet gebonden aan de regels van bewijsrecht, zo volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>342</sup>

Het voorgaande neemt niet weg dat de rechter wel kan instemmen met (nadere) bewijslevering,<sup>343</sup> bijvoorbeeld door het doen horen van getuigen.<sup>344</sup> Dat komt echter zelden voor.<sup>345</sup> Voor andere bewijslevering dan die door middel van geschriften wordt in de regel geen gelegenheid geboden.<sup>346</sup> Wat in de praktijk wel (eens) voorkomt is dat iemand die ter zitting aanwezig is als ‘informant’ wordt gehoord.<sup>347</sup> De rechter kan bij de beoordeling van het geschil rekening houden met de door deze persoon afgelegde verklaring. Eventueel zou,

<sup>338</sup> Alt 2009, p. 46.

<sup>339</sup> Asser 2011a, p. 216, alsmede Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 26.

<sup>340</sup> Hendrikse 2011a, p. 312. Zie voor diverse voorbeelden in ontslag op staande voet-zaken paragraaf 6.5.

<sup>341</sup> De voorzieningenrechter of ex art. 254 lid 4 Rv de kantonrechter.

<sup>342</sup> Waaronder HR 1 juni 2007, NJ 2007, 309. Zie ook Asser 2004a, nr. 19, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 200 en Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 77. Bij de totstandkoming van art. 182 (oud) Rv (thans art. 284 Rv) was het wel onderwerp van discussie of de nieuwe regeling van bewijsrecht niet alleen in verzoekschriftprocedures, maar ook in kort geding van overeenkomstige toepassing zou moeten zijn. Bij amendement is de van overeenkomstige toepassing verklaring van een aantal bewijsrechtelijke bepalingen geschrapt. Vgl. Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 45, alsmede Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 10 e.v. en p. 129 e.v. Reeds in het arrest van 2 oktober 1998, NJ 1999, 682, overwoog de Hoge Raad dat de regels van stelplicht en bewijslast in kort geding niet van toepassing zijn.

<sup>343</sup> Voor zover het karakter van de kort gedingprocedure zich daartegen niet verzet, aldus Asser 2004, nr. 19.

<sup>344</sup> Een en ander is aan het beleid van de rechter overgelaten, Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 45. Het gaat hier om een beslissing van feitelijke aard, die in cassatie niet kan worden getoetst, Blaauw 2002, p. 158. Zie voor een voorbeeld Ktr. Enschede 2 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:BZ9262. In deze kort gedingprocedure is een getuige, een collega van de op staande voet ontslagen werknemer, tijdens de zitting opgeroepen. De getuige was, zo is in het vonnis vermeld, een half uur later in het gerechtsgebouw aanwezig om als getuige te worden gehoord.

<sup>345</sup> Vgl. hierover De Bock 2011, p. 222, voetnoot 101.

<sup>346</sup> Thoe Schwarzenberg 2008, p. 169.

<sup>347</sup> Blaauw 2002, p. 160.



indien getuigenverklaringen essentieel zijn, gelijktijdig met het aanvragen van een datum voor het kort geding een verzoek tot het gelasten van een voorlopig getuigenverhoor kunnen worden ingediend.<sup>348</sup>

Omdat in de regel geen plaats is voor verdere bewijslevering zal de kort gedingrechter het in beginsel met het door partijen overgelegde bewijsmateriaal moeten doen.<sup>349</sup> Veelal zal hij uitgaan van de feitelijke situatie zoals die hem na hoor en wederhoor van partijen aannemelijk voorkomt.<sup>350</sup>

Indien in kort geding een bewijsaanbod is gedaan, mag de rechter dit, ook al is het op zichzelf voldoende specifiek en ter zake dienend, passeren.<sup>351</sup> De rechter hoeft ook geen gelegenheid te geven voor het leveren van tegenbewijs. Indien de gedaagde in kort geding tegenbewijs wenst te leveren tegen door de eiser bij dagvaarding ingenomen stellingen en/of overgelegde stukken, zal de gedaagde op voorhand of ter zitting<sup>352</sup> zelf stukken over kunnen leggen. Daarvoor hoeft, net als in de gewone bodemprocedure, geen bewijsaanbod te worden gedaan.<sup>353</sup> Hierbij kan dus ook worden gedacht aan schriftelijke verklaringen van getuigen.

De kort gedingrechter zal zich bij de beoordeling van de zaak (moeten) laten leiden door de vermoedelijke uitkomst van de zaak in een eventuele bodemprocedure, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 21 april 1995.<sup>354</sup> In kort geding wordt dan ook niet verlangd dat een voldoende mate van zekerheid wordt geboden, maar veelal is voldoende dat de ingenomen stellingen ‘aannemelijk’ worden gemaakt.<sup>355</sup> Kan de rechter aan de hand van hetgeen door partijen naar voren is gebracht en hetgeen is overgelegd niet tot een beoordeling van het geschil komen, bijvoorbeeld omdat nader feitenonderzoek vereist is, dan kan de kort gedingrechter de zaak afdoen op grond van art. 256 Rv wanneer hij van oordeel is dat voor (nadere) bewijslevering geen plaats is. Dit artikel bepaalt

---

<sup>348</sup> Stein/Rueb 2007, p. 258.

<sup>349</sup> De Bock 2011, p. 222.

<sup>350</sup> Snijders, Klaassen & Meijer, nr. 338.

<sup>351</sup> Stein/Rueb 2007, p. 258, met verwijzing naar HR 15 maart 1968, NJ 1968, 228 en HR 12 december 1975, NJ 1976, 495.

<sup>352</sup> Ik wijs in dit verband wel op art. 6.2 van het Procesreglement kort gedingen rechtbanken sector civiel/familie, dat bepaalt: ‘Stukken worden zo spoedig mogelijk ingediend. Stukken die niet dienovereenkomstig zijn ingediend, kunnen door de voorzieningenrechter buiten beschouwing worden gelaten. Stukken die binnen 24 uur (één werkdag) vóór de terechtzitting worden ingediend, worden in beginsel buiten beschouwing gelaten.’

<sup>353</sup> Vgl. paragraaf 4.2.3.6.

<sup>354</sup> NJ 1996, 462, m.nt. DWFV.

<sup>355</sup> Zie hierover onder andere Giesen 2001, p. 56-57, Wieten 2002, p. 8, alsmede Thoe Schwartzberg 2008, p. 12.

namelijk dat de gevraagde (voorlopige) voorziening kan worden geweigerd, indien de rechter oordeelt dat de zaak niet geschikt is om in kort geding te worden beslist.<sup>356</sup>

#### **4.2.4.2.1 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi**

In beginsel is het bewijsrecht niet van toepassing op de procedure in kort geding. Echter, de kort gedingrechter kan in uitzonderlijke gevallen wel (nadere) bewijslevering toestaan, zodat het bewijsrecht (of aspecten daarvan) mogelijk toch relevant wordt (worden).

Wanneer partijen in kort geding procederen, bijvoorbeeld over de vraag of een verleend ontslag op staande voet stand kan houden, dienen zij hun schriftelijke bewijsstukken bij dagvaarding dan wel ter voorbereiding van de zitting over te leggen. Indien de gedaagde een conclusie van antwoord neemt, lijkt me dat het moment om schriftelijk bewijs in het geding te brengen. Na de mondelinge behandeling zal de kort gedingrechter vonnis wijzen en is er voor (nadere) bewijslevering geen plaats meer. Indien er belangrijke getuigen zijn, kunnen die mee naar de zitting worden genomen, maar het is niet gezegd dat zij daar ook door de rechter zullen worden gehoord.

Het is dus van belang dat al hetgeen partijen met betrekking tot de toepasselijke gezichtspunten naar voren willen brengen, in de dagvaarding c.q. conclusie van antwoord wordt opgenomen. Dat zijn de plaatsen waar een feitelijke invulling kan worden gegeven aan de relevante factoren. Eventueel kan daarover ter zitting nog het nodige naar voren worden gebracht, maar daarna zal in beginsel vonnis worden gewezen, zodat een nadere invulling ten aanzien van de gezichtspunten niet (meer) mogelijk is.

Het blijft uiteraard wel van groot belang de stellingen van de wederpartij zo gemotiveerd mogelijk te betwisten, bij voorkeur onder overlegging van (eigen) bewijsstukken. Dat zal kunnen voorkomen dat de kort gedingrechter de door de wederpartij geschetste feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk acht.

### **4.3 Aanvulling van feiten, feitelijke grondslag en rechtsgronden**

In het burgerlijk procesrecht geldt het beginsel van partijautonomie.<sup>357</sup> Uit dit beginsel vloeit voort dat partijen bepalen óf er geprocedeerd wordt,<sup>358</sup> alsmede

---

<sup>356</sup> Zie hierover Blaauw 2002, p. 154.

<sup>357</sup> Jongbloed heeft geschreven dat zou moeten worden gesproken van het beginsel van *beperkte* partijautonomie, gelet op het grote aantal beperkingen dat op de procesautonomie van partijen wordt gemaakt. Vgl. Jongbloed 2011, p. 5. Ancery heeft erop gewezen dat het niet zo is dat het beginsel van partijautonomie geheel is verlaten,

waarover geprocedeerd wordt.<sup>359</sup> In zijn arrest van 30 oktober 2001 verwoordde de Hoge Raad het aldus:

‘De omvang van een aan de beoordeling van de civiele rechter onderworpen geschil wordt bepaald door partijen. De rechter dient het geschil derhalve te beoordelen binnen de door partijen getrokken grenzen.’<sup>360</sup>

De partijautonomie heeft met name betrekking op de inhoud van het geding. Het zijn de betrokken partijen, en niet de rechter, die de grenzen van de rechtsstrijd bepalen.<sup>361</sup> Zodra de zaak bij de rechter aanhangig is, is hij bepaald minder lijdelijk.<sup>362</sup> In de parlementaire geschiedenis is het als volgt omschreven:

‘De lijdelijkheid heeft slechts betrekking op de aard en inhoud van het geding, doch slaat niet op de vaststelling van de feiten, het vinden van de waarheid tussen de tegenover elkaar staande feitelijke standpunten van partijen.’<sup>363</sup>

Waarheidsvinding in het civiele proces staat volop in de belangstelling, niet alleen in de literatuur, maar ook in de rechtspraak, getuige het feit dat de Hoge Raad het een zwaarwegend maatschappelijk belang noemt dat in rechte de waarheid<sup>364</sup> aan het licht komt.<sup>365</sup>

In het kader van de afbakening van de partijautonomie en de lijdelijkheid van de rechter rijst de vraag of en zo ja, in hoeverre, de rechter de

---

maar dat de scherpe kantjes van het lijdelijkheidsbeginsel zijn weggevijsd. Ancery 2012, p. 24. Zie over de inhoud van het begrip partijautonomie voorts Smith 2007, p. 60 e.v.

<sup>358</sup> Waarbij het initiatief uiteraard bij de eiser c.q. verzoeker ligt.

<sup>359</sup> Hugenholtz/Heemskerk 2009, nrs. 5 en 117.

<sup>360</sup> NJ 2003, 201. Zie ook HR 23 september 2003, NJ 2004, 9.

<sup>361</sup> Vgl. ook Chorus 1987, p. 7, Smith 2004, p. 25-26 en Smith 2007, p. 62.

<sup>362</sup> Zie Pitlo/Rutgers & Hidma 2004, nr. 11. Zie idem, nr. 5, waar is geschreven dat onze burgerlijke rechter geen marionet is en dat door de herziening van het burgerlijk procesrecht per 1 januari 2002 de partijautonomie in wezen is teruggedrongen tot het initiatief tot het aanvangen, voortzetten of tussentijds beëindigen van de procedure. Vgl. ook Van der Werf & Jongbloed 1990, p. 47, Smith 2004, p. 17, alsmede uitvoerig Bosch-Boesjes 1991.

<sup>363</sup> Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 66-67.

<sup>364</sup> De vraag doemt op wat ‘de waarheid’ is. Ik zal in het bestek van dit boek niet uitgebreid ingaan op deze vraag. Wel merk ik op dat Loth heeft geschreven dat waarheid in het recht een kwestie van interpretatie is en dat er niet zoiets is als één perspectiefonafhankelijke waarheid. Loth 2012, p. 16. Zie ook Leemburg 2013, p. 70-71.

<sup>365</sup> Zie Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 75, met verwijzingen naar rechtspraak van de Hoge Raad.

feiten, de feitelijke grondslag en de rechtsgronden mag c.q. moet aanvullen.<sup>366</sup> Daar ga ik nu nader op in.

#### 4.3.1 Aanvullen van feiten

Naar aanleiding van bovengenoemd citaat uit de parlementaire geschiedenis heeft De Bock in haar proefschrift geschreven dat partijen de buitengrenzen van de waarheidsvinding afbakenen door te bepalen wat het onderwerp van de procedure is, maar dat de rechter binnen die grenzen op zoek moet naar ‘de correcte feiten’. Zij voegde daaraan toe dat het geen twijfel lijdt dat de rechter hier actief dient te zijn en dat partijen op dit punt geen zeggenschap hebben.<sup>367</sup> De rechter moet dan ook zoveel als mogelijk alle relevante feiten verzamelen.<sup>368</sup> Problematisch is echter, en De Bock heeft daar ook op gewezen, indien partijen niet alle relevante feiten hebben gesteld. De rechter heeft dan verschillende mogelijkheden om te bewerkstelligen dat partijen de reeds gestelde feiten aanvullen. De rechter kan dus wel het initiatief nemen om van partijen meer feitelijke informatie te verkrijgen.<sup>369</sup> Aldus De Bock is het door de rechter op deze manier (doen) aanvullen van feiten niet alleen een bevoegdheid van de rechter, maar ook noodzaak, aangezien de rechter geen aanvaardbare beslissing kan nemen, wanneer relevante feiten ontbreken.<sup>370</sup> Wel is het zo dat het waarheidsonderzoek van de rechter zich beperkt tot de stellingen van partijen die beslissend zijn voor de beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil.<sup>371</sup>

Ook Asser heeft erop gewezen dat lijdelijkheid niet betekent dat de rechter passief moet zijn ten aanzien van de feiten. Asser heeft beschreven dat in het moderne procesrecht het accent ligt op de actieve rechter.<sup>372</sup> Art. 149 Rv dwingt de rechter dan ook om, als hijzelf initiatieven ontplooit tot het vergaren van feiten, dit alleen te doen in het geding, in tegenwoordigheid en onder controle van partijen.<sup>373</sup> In een enkel geval wordt een actieve houding van de

<sup>366</sup> Over de (historische) ontwikkeling van een lijdelijke naar een actieve(re) rechter is, zeker ook de laatste tijd, veel geschreven. Ik zal in het kader van mijn onderzoek niet op deze ontwikkeling ingaan, maar verwijs naar de literatuur, waaronder De Groot 2008, p. 41 e.v., Klaassen 2009, p. 57 e.v., Van Schaick 2009a, p. 15 e.v., Giard 2012, p. 33, alsmede Leemburg 2013, p. 69 e.v.

<sup>367</sup> De Bock 2011, p. 111.

<sup>368</sup> De Bock 2011, p. 112.

<sup>369</sup> De Bock 2011, p. 114.

<sup>370</sup> De Bock 2011, p. 115. Zie hierover ook Giard, die schreef dat voor een goed oordeel van de rechter een juiste feitenvaststelling een eerste vereiste is. Giard 2012, p. 5.

<sup>371</sup> Pitlo/Rutgers & Hidma 2004, nr. 5.

<sup>372</sup> Zie daarover ook Asser 2003, p. 27 e.v. Het procesrecht wordt steeds meer een rechtersrecht, zo schreef Asser op p. 35.

<sup>373</sup> Asser 2011a, p. 218.

rechter ook door de Hoge Raad ‘aangemoedigd’, zo kan uit het arrest van 19 januari 2007<sup>374</sup> worden afgeleid. In die zaak ging het om de verhouding tussen de mededelingsplicht en de onderzoeksplicht bij dwaling. De Hoge Raad overwoog dat de mededelingsplicht van art. 6:228 lid 2 sub b BW strekt ter bescherming van een onvoorzichtige contractuele wederpartij tegen de nadelige gevolgen van dwaling. Dit brengt mee dat niet te spoedig voorrang aan de onderzoeksplicht van die partij boven de mededelingsplicht van de andere partij dient te worden gegeven. De Hoge Raad voegde daaraan toe dat bij een daartoe strekkend oordeel op alle bijzondere omstandigheden van het geval moet worden gelet en dat deze ook zo volledig en zo nauwkeurig mogelijk moeten worden vastgesteld.<sup>375</sup> Met de enkele woorden ‘in de gegeven omstandigheden’, zoals het hof had overwogen, wordt aldus de Hoge Raad niet aan voornoemde eis voldaan. Nu het de rechter is die de voor zijn oordeel relevante feiten dient vast te stellen, lijkt de Hoge Raad de lagere rechter in dit arrest aan te sporen dat vooral volledig en nauwkeurig te doen. Daarbij past niet dat de rechter zich (al te) lijdelijk opstelt.

Met behulp van welke ‘instrumenten’ kan de rechter bevorderen dat het reeds aanwezige feitenmateriaal, indien dat nodig mocht zijn, wordt aangevuld?<sup>376</sup> Daarvoor staan de rechter, als gezegd, verschillende middelen ten dienste. Zo kan de rechter op basis van art. 22 Rv partijen of één van hen in alle gevallen en in elke stand van de procedure bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende, bescheiden over te leggen.<sup>377</sup> Ook kan de rechter tijdens een zogenoemde inlichtingencomparitie nadere feitelijke informatie boven tafel krijgen.<sup>378</sup> In de literatuur wordt er wel

<sup>374</sup> NJ 2007, 63.

<sup>375</sup> De Hoge Raad verwees naar zijn arrest van 10 april 1998, NJ 1998, 666.

<sup>376</sup> Wieten 2002, p. 3, Smith 2004, p. 39, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 45, Stein/Rueb 2007, p. 31, Thoe Schwartzenberg 2008, p. 16 en Ekelmans 2008, p. 42 e.v.

<sup>377</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Den Bosch 27 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW9610, waarin de rechtbank de eisende partij beval bepaalde rapporten in het geding te brengen. Zie voor een ander recent voorbeeld Hof Den Bosch 21 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA0881. De tweede en derde volzin van art. 22 Rv bepalen dat partijen kunnen weigeren gevolg te geven aan het bevel van de rechter indien sprake is van een gewichtige reden, alsmede dat de rechter beslist of die weigering gerechtvaardigd is, bij gebreke waarvan hij uit de weigering de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. Zo compenseerde het Hof Leeuwarden bij arrest van 13 december 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU8133 de proceskosten als sanctie ingevolge art. 22 Rv.

<sup>378</sup> Zie voor een overzicht van de manieren waarop de rechter het proces van waarheidsvinding kan verbeteren Giard 2012, p. 56-57. Ook Ahsmann bespreekt ‘de gereedschapskist van de rechter’, Ahsmann 2011, p. 97 e.v. Zie verder Leemburg 2013, p. 83. Over de comparitie schreef De Groot, dat dit een effectief instrument kan zijn, omdat ter zitting tussen partijen, hun eventuele rechtsbijstandsverleners en de rechter

voor gewaarschuwd dat deze actieve opstelling van de rechter er niet in mag resulteren dat hij gaat ‘meeprocederen’.<sup>379</sup> Hoever de rechter hierin mag gaan, is mede afhankelijk van het antwoord op de vraag of partijen in de procedure door een advocaat of rechtsgeleerd gemachtigde worden bijgestaan. Wanneer dat niet het geval is en de desbetreffende partij ‘in persoon’ procedeert, zal de rechter eerder geneigd zijn te ‘helpen’ dan wanneer een partij wel een rechtsbijstand-verlener aan haar zijde heeft.<sup>380</sup> Ook de soort zaak die ter beoordeling voorligt, kan van invloed zijn op het antwoord op de vraag hoe actief de rechter moet zijn. Ahsmann heeft in dit verband naar voren gebracht dat een burenruzie of een familiekwestie een actievere aanpak vergt dan bijvoorbeeld een aandelengeschil tussen twee vennootschappen.<sup>381</sup> Ook voor sommige arbeidszaken, zoals bijvoorbeeld bij ontslag op staande voet, kan worden betoogd dat de rechter actief op zoek moet gaan naar hetgeen werkelijk tussen partijen is voorgevallen (indien daarover discussie bestaat).

Maar wat nu indien bepaalde feiten uiteindelijk niet door partijen worden gesteld? In paragraaf 4.2.3.1, waar de stelplicht aan de orde was, is beschreven dat elke partij de feiten en omstandigheden die voor haar van belang zijn in het geding moet brengen door ze te stellen. Het is aan partijen om de relevante feiten naar voren te brengen.<sup>382</sup> De rechter zal niet gestelde feiten niet aan zijn beslissing ten grondslag kunnen leggen, omdat hij zijn beslissing uitsluitend zal mogen baseren op feiten en omstandigheden die in de procedure zijn komen vast

---

directe interactie mogelijk is over de omvang van het geschil en de relevante feiten. De Groot 2012, p. 103. Ahsmann schreef dat de rechter op de comparitie zoveel mogelijk relevante feiten moet verzamelen, Ahsmann 2011, p. 75.

<sup>379</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 45. Zie ook Westenberg & Fokker 2004, p. 38-39.

<sup>380</sup> Zie hierover De Bock, die schreef: ‘De gemiddelde burger, die procedeert zonder procesgemachtigde, zal over onvoldoende kennis van het recht beschikken om de juiste rechtsfeiten naar voren te brengen. Zelfs het naar voren brengen van de ‘gewone’ feiten kan nog een heel probleem vormen, zo leert de praktijk.’ De Bock 2011, p. 119. Zie hierover ook Bakels, die schreef: ‘De vrijheid van de rechter om vragen te stellen, om een partij te vragen zijn stellingen te verduidelijken, om door partijen niet in het debat betrokken punten aan de orde te stellen, en om zich meer in het algemeen actief op te stellen, is groter als een partij in persoon procedeert dan wanneer hij vertegenwoordigd wordt door een advocaat of gemachtigde. Ook is er dan eerder aanleiding om de stellingen van de in persoon procederende partij (en dan met name de juridische) welwillend uit te leggen.’ Bakels 2011, p. 288. Vgl. ook Tjong Tjin Tai 2002, p. 36. Zie voorts (kritisch) over ‘helpende rechters’ Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 93.

<sup>381</sup> Ahsmann 2011, p. 119.

<sup>382</sup> Wieten 2002, p. 2. Art. 24 Rv biedt daarvoor de juridische basis, aldus Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 95.

te staan.<sup>383</sup> Met deze feiten en omstandigheden zal de rechter het moeten doen, zo volgt uit art. 149 lid 1 Rv, dat in de eerste volzin bepaalt dat de rechter, tenzij uit de wet anders voortvloeit, slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van het bewijsrecht zijn komen vast te staan.<sup>384</sup>

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de rechter bij de beoordeling van de door partijen over een weer ingenomen stellingen binnen de grenzen van de rechtsstrijd alle behoorlijk te zijner kennis gebrachte en ten processe gebleken feiten en omstandigheden in zijn beschouwingen mag betrekken en dat de rechter de vrijheid heeft daaraan zijn eigen conclusies te verbinden.<sup>385</sup> Binnen het kader van de rechtsstrijd mag de rechter op een zelfstandige wijze gebruikmaken van ten processe gebleken feiten.<sup>386</sup> De vrijheid van de rechter gaat echter niet zover dat hij een andere uitleg mag geven dan de invulling die partijen zelf aan het geschil hebben gegeven.<sup>387</sup>

Buiten dit kader mag de rechter geen acht slaan op feiten en omstandigheden, hoe relevant die voor de door hem te nemen beslissing ook (kunnen) zijn. Aan de door partijen naar voren gebrachte feiten en omstandigheden mag de rechter dus geen ‘eigen’ feiten en omstandigheden toevoegen.<sup>388</sup> Partijen omlijnen aldus het geschil door de selectie van feiten waarop zij een beroep doen.<sup>389</sup> In art. 149 lid 2 Rv is een uitzondering

---

<sup>383</sup> In dit verband heeft Westenberg geschreven dat de rechter bij het vinden van de waarheid eigen verantwoordelijkheden heeft, maar dat partijen in de procedure wel de aanzet moeten geven waar die waarheid gevonden kan worden. Westenberg 2006, p. 398.

<sup>384</sup> De rechter krijgt dus te maken met een selectie van feiten uit een selectie, die zelf ook weer op een selectie is gebaseerd. Allereerst wordt door partijen een selectie van de feiten gemaakt, daarna door hun belangenbehartigers en vervolgens door de rechter zelf. Vgl. Van Schilfgaarde 2006, p. 19.

<sup>385</sup> Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest van 15 september 2006, NJ 2006, 507. In de literatuur wordt er wel op gewezen dat de grens tussen het trekken van conclusies uit de gedingstukken – hetgeen geoorloofd is – en het aanvullen van feiten – hetgeen niet mag – niet altijd scherp is. Vgl. bijvoorbeeld Stein/Rueb 2007, p. 30.

<sup>386</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 566, met verwijzingen naar HR 26 juni 1964, NJ 1964, 496 en HR 26 juni 1964, NJ 1964, 497.

<sup>387</sup> Waarover, met bespreking van jurisprudentie, Ekelmans 2008, p. 36 e.v. Zie voor enkele voorbeelden van zaken waarin de lagere rechter buiten de grenzen van de rechtsstrijd was getreden HR 18 februari 2011, RvdW 2011, 284, HR 2 december 2011, RvdW 2011, 1503, HR 13 juli 2012, RvdW 2012, 961 en HR 14 december 2012, JIN 2013/20.

<sup>388</sup> Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 5. Tegen dit voorschrift wordt nog al eens gezondigd, aldus Westenberg & Fokker 2004, p. 37. De Bock noemde het gebruik maken van feiten waarover partijen zich niet hebben kunnen uitlaten een doodzonde. De Bock 2012, p. 68.

<sup>389</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 565.

opgenomen voor feiten en omstandigheden van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels.<sup>390</sup> Deze mogen door de rechter aan zijn beslissing ten grondslag worden gelegd, ook al zijn ze niet door partijen gesteld. Ook geldt een uitzondering voor zogenoemde processuele feiten.<sup>391</sup>

Ik wijs in dit verband op het onderscheid met het bestuursprocesrecht, waar art. 8:69 lid 3 Awb bepaalt dat de rechtbank ambtshalve de feiten kan aanvullen.<sup>392</sup> De bestuursrechter is dus niet afhankelijk van de feiten die partijen aanvoeren<sup>393</sup> of anders gezegd, de bestuursrechter mag zich actief inlaten met de bewijsvoering door zelf feiten te tonen.<sup>394</sup> In de memorie van toelichting bij dit artikel is de bevoegdheid tot aanvulling van de feiten met name in verband gebracht met de behoefte aan ongelijkheidscompensatie.<sup>395</sup> Eén van de argumenten in het bestuursrecht voor de bevoegdheid van de rechter om feiten aan te vullen, is het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging. Om ervoor te zorgen dat de zonder gemachtigde procederende burger toch zijn recht zou kunnen halen, werd het als een taak van de rechter gezien om de burger zonodig de helpende hand te bieden.<sup>396</sup> In de noot onder de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 8 augustus 1996<sup>397</sup> is vermeld dat, wanneer de rechter toepassing geeft aan art. 8:69 lid 3 Awb, een goede procesorde met zich meebrengt dat de rechter tijdens een eventueel onderzoek ter terechtzitting partijen in de gelegenheid stelt zich over de (potentiële) aanvulling van de feiten uit te laten.<sup>398</sup>

#### **4.3.2 Feitelijke grondslag**

Rechtspreken geschiedt op basis van feitelijke gronden en rechtsgronden.<sup>399</sup> Uit art. 24 Rv volgt dat de rechter gebonden is aan de feitelijke grondslag, waaruit

---

<sup>390</sup> Zie over de betekenis van deze begrippen onder andere Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 206 en Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nrs. 97 en 98.

<sup>391</sup> Dat zijn feiten die de rechter zelf vaststelt in de procedure, zoals bijvoorbeeld dat een partij niet ter zitting is verschenen. Zie De Bock 2011, p. 12.

<sup>392</sup> Het gebruik van het woordje 'kan' duidt op een discretionaire bevoegdheid van de bestuursrechter. Zie over art. 8:69 lid 3 Awb in verhouding tot het burgerlijk procesrecht De Graaf & Lindijer 2003, p. 154 e.v.

<sup>393</sup> Damen 2009, nr. 646.

<sup>394</sup> De Haan-Drupsteen-Fernhout/Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1303, waar ook is ingegaan op de voorwaarden voor en beperkingen van toepassing van art. 8:69 lid 3 Awb.

<sup>395</sup> Zie, onder verwijzing naar Parl. Gesch. Awb II, p. 464, Simon 1997, p. 305.

<sup>396</sup> De Bock 2011, p. 123.

<sup>397</sup> AB 1996, 481, m.nt. PvB.

<sup>398</sup> Hieronder, bij de aanvulling van rechtsgronden, zullen we zien dat dit aspect ook daar van betekenis is, aangezien door de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden geen sprake mag zijn van een zogenoemde verrassingsbeslissing.

<sup>399</sup> Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 117.



de eiser de door hem ingeroepen rechtsgevolgen afleidt en waarop de gedaagde zijn verweer grondt. Dat betekent dat de rechter zijn beslissing niet op andere feiten mag baseren dan door partijen aan vordering, verzoek of verweer ten grondslag zijn gelegd.<sup>400</sup> Partijen bepalen in dialoog met elkaar waar de rechtsstrijd over gaat.<sup>401</sup> Het partijdebat bepaalt uiteindelijk welke omstandigheden wel en niet worden meegewogen.<sup>402</sup>

De term feitelijke grondslag ziet op de (juridische) gevolgtrekkingen die een partij aan de door haar gestelde feiten verbindt, in die zin dat zij gezamenlijk het gewenste feitelijk bepaalde rechtsbegrip opleveren, bijvoorbeeld een dringende reden voor ontslag op staande voet.<sup>403</sup> De feitelijke grondslag betreft de voor de onderbouwing van de vordering of het verweer essentiële rechtsfeiten.<sup>404</sup> De rechtsfeiten vormen als het ware de verbinding tussen de door partijen gestelde concrete feiten en de door hen ingeroepen rechtsgevolgen.<sup>405</sup> De feitelijke grondslag heeft dus zowel een feitelijk als een juridisch aspect.<sup>406</sup> Partijen kunnen dus niet volstaan met het aan de rechter voorleggen van een bloot feitenbestand.<sup>407</sup> Zij moeten ook de rechtsfeiten stellen waar hun vordering of verweer op is gebaseerd. Dat moeten partijen zelf doen. Ten aanzien van de feiten maakt het niet uit welke partij iets heeft gesteld, als het maar in het geding is, maar het is wel vereist dat de betreffende partij zelf het feit onderdeel maakt van de feitelijke grondslag.<sup>408</sup> Overigens zijn partijen bevoegd de juridische grondslag van hun vordering c.q. verweer te beperken.<sup>409</sup>

Het is de rechter verboden zijn beslissing te baseren op rechtsgronden of verweren die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar waarvan niet duidelijk is dat de belanghebbende partij die feiten of omstandigheden aan haar vordering of

---

<sup>400</sup> Snijders c.s. heeft beschreven dat het verbod van het aanvullen van de feitelijke grondslag voor de inwerkingtreding van het nieuwe procesrecht (per 1 januari 2002) a contrario werd afgeleid uit art. 48 (oud) Rv (thans: art. 25 Rv), dat de rechter verplicht ambtshalve rechtsgronden aan te vullen. Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 45.

<sup>401</sup> Brenninkmeijer 2003, p. 223.

<sup>402</sup> Aldus Sagel 2013, p. 250 en 359, alsmede Bakker 2013, p. 178-179.

<sup>403</sup> Stein/Rueb 2007, p. 29.

<sup>404</sup> Bakels 2011, p. 284.

<sup>405</sup> De Bock 2011, p. 117.

<sup>406</sup> Tjong Tjin Tai 2002, p. 31. Zie hierover ook Vriesendorp 1981, p. 9 en Smith 2004, p. 22-23.

<sup>407</sup> Tjong Tjin Tai 2002, p. 30.

<sup>408</sup> Tjong Tjin Tai 2002, p. 31. Vgl. met betrekking tot de feitelijke grondslag ook Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 161.

<sup>409</sup> Westenberg & Fokker 2004, p. 36.

verweer ten grondslag heeft gelegd.<sup>410</sup> Of, in de woorden van Tjong Tjin Tai, de rechter mag zich niet baseren op niet-gestelde, niet-ingeroepen rechtsfeiten die tot de feitelijke grondslag zouden moeten behoren.<sup>411</sup> De wederpartij zou daardoor, zo heeft de Hoge Raad overwogen, immers tekort worden gedaan in haar recht zich daartegen naar behoren te kunnen verdedigen.<sup>412</sup>

Voor een arbeidsrechtelijk voorbeeld van een geval waarin de lagere rechter zich schuldig had gemaakt aan aanvulling van de feitelijke gronden, wijs ik op het arrest van de Hoge Raad van 26 september 1997.<sup>413</sup> In de zaak die aanleiding gaf tot dit arrest had een werknemer van (destijds) PTT Telecom een aantal mobiele telefoons onder zich, waarvan de werkgever dacht dat die door verduistering waren verkregen. De werknemer werd op staande voet ontslagen wegens betrokkenheid bij ontvreemding van PTT-goederen. In de door de werknemer aangespannen procedure had deze ten bewijze aangeboden dat hij de telefoons op de zwarte markt in Beverwijk had gekocht.

De rechtbank oordeelde in hoger beroep dat de werkgever het bewijs voor het bestaan van de door hem gestelde dringende reden voor ontslag op staande voet had geleverd. De rechtbank passeerde genoemd bewijsaanbod van de werknemer, overwegende dat zelfs indien de werknemer het bewijs zou kunnen leveren, dat niet kan afdoen aan de geldigheid van het gegeven ontslag. Op grond van het PTT Telecom-logo op de dozen waarin de telefoons verpakt waren en door de aanduiding van bestemming voor een klant van PTT Telecom op één van de dozen, had de werknemer, aldus de rechtbank, onmiddellijk moeten begrijpen dat de herkomst van de telefoons niet in orde was. Naar het oordeel van de rechtbank had de werknemer zijn werkgever hiervan direct op de hoogte moeten stellen. Door dat na te laten was volgens de rechtbank sprake van voldoende reden voor een ontslag op staande voet.

Dit vonnis hield in cassatie geen stand. De Hoge Raad overwoog:

---

<sup>410</sup> Vgl. onder andere HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 92, HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46, HR 17 februari 2006, NJ 2006, 158 en HR 12 januari 2007, JOL 2007, 9. Dit oordeel heeft de Hoge Raad ook later nog meermalen herhaald. Vgl. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 98, voetnoot 5.

<sup>411</sup> Tjong Tjin Tai 2002, p. 33-34.

<sup>412</sup> Zie, onder verwijzing naar HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 92, het arrest van de Hoge Raad van 24 juni 2005, NJ 2006, 46. Bakels heeft erop gewezen dat het argument dat de wederpartij tekort wordt gedaan in haar recht zich naar behoren te kunnen verdedigen, niet de kern van het probleem is, omdat dit een logisch gevolg is van het feit dat de rechter de feitelijke grondslag aanvult, waarmee partijen immers nooit rekening hoeven te houden. Zie Bakels 2011, p. 284-285, voetnoot 77.

<sup>413</sup> NJ 1998, 420, m.nt. PAS.

‘Het middel klaagt dat de rechtbank in de motivering van haar beslissing om voorbij te gaan aan het bewijsaanbod van B [de werknemer, JQ] is getreden buiten de rechtsstrijd van partijen, met ontoelaatbare aanvulling van gronden. Het middel is gegrond. De rechtbank heeft haar hiervoor weergegeven gedachtegang slechts kunnen volgen door mede als ontslaggrond te aanvaarden dat B heeft nagelaten na de door hem gestelde koop zijn werkgeefster daarover in te lichten. Het aan B aangezegde ontslag was evenwel door PTT Telecom gebaseerd op betrokkenheid bij de ontvreemding van PTT-goederen. De rechtbank heeft derhalve in strijd met art. 176 Rv [thans art. 24 Rv, JQ] feitelijke gronden aangevuld en is buiten de rechtsstrijd getreden in de motivering van haar beslissing om aan het bewijsaanbod van B voorbij te gaan.’

Wat een procespartij precies aan haar vordering of verweer ten grondslag legt, vergt interpretatie van de processtukken.<sup>414</sup> Ook in dit opzicht zou de rechter een partij kunnen helpen door de desbetreffende stukken welwillend te interpreteren.<sup>415</sup> Dat mag er, aldus Bakels, echter niet toe leiden dat die interpretatie voor de wederpartij ‘uit de lucht komt vallen’.<sup>416</sup>

#### 4.3.3 Rechtsgronden

Art. 25 Rv<sup>417</sup> bepaalt vervolgens dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult.<sup>418</sup> Dit betekent dat de rechter tot taak heeft zelfstandig (dus afgezien van wat partijen te dier zake naar voren hebben gebracht) na te gaan welke rechtsregels op de in het geding vaststaande feiten van toepassing zijn en of deze regels tot toe- dan wel afwijzing van de ingestelde vordering leiden.<sup>419</sup> Het enkele feit dat een partij niet de juiste juridische grondslag heeft genoemd, kan

<sup>414</sup> Ekelmans 2008, p. 4.

<sup>415</sup> Zie in dit verband ook Bosch-Boesjes, die schreef dat ondanks het feit dat in het civiele geding de bevoegdheden van de rechter ten aanzien van de feiten zeer gering zijn en partijen de grenzen van het geding bepalen, uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter wel enige speelruimte heeft ten aanzien van de feitelijke grondslag van het geding. Zo kan hij met interpretatie van gedingstukken of de grondslag van de vordering enige invloed uitoefenen op de door partijen gestelde feitelijke grondslag van het geding. Bosch-Boesjes 1991, p. 126-127.

<sup>416</sup> Bakels 2011, p. 285.

<sup>417</sup> Dit artikel raakt de kern van de rechtsprekende taak van de rechter. Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 117. Zie ook Westenberg en Fokker, die art. 25 Rv één van de centrale bepalingen van het civiele recht noemen. Westenberg & Fokker 2004, p. 35. In gelijke zin Asser-Vranken, nr. 43.

<sup>418</sup> Uit dit artikel wordt ook wel een negatieve opdracht voor de rechter afgeleid. A contrario wordt dan geredeneerd dat de rechter de feitelijke gronden niet mag aanvullen. Vgl. hierover Westenberg & Fokker 2004, p. 37 en Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 565. Thans is dit verbod (ook) te vinden in art. 149 Rv, zoals hierboven is beschreven.

<sup>419</sup> Stein/Rueb 2007, p. 26.

niet tot afwijzing van haar vordering of verzoek leiden.<sup>420</sup> De rechter behoort namelijk het recht te kennen; partijen hoeven hem daar niet op te wijzen.<sup>421</sup>

Rechtsgronden zijn de regelen van positief recht.<sup>422</sup> Het zijn de toepasselijke rechtsregels die aan de vordering ten grondslag liggen.<sup>423</sup> Deze regels kunnen geschreven en ongeschreven zijn.<sup>424</sup> Beijer heeft beschreven dat de rechter recht in de zin van art. 79 RO ambtshalve aan zijn beslissing ten grondslag moet leggen.<sup>425</sup>

De verplichting tot het aanvullen van rechtsgronden geldt alleen binnen de grenzen van de rechtsstrijd zoals die door partijen zijn getrokken.<sup>426</sup> Dat wil zeggen dat de beslissing van de rechter alleen op een niet door partijen aangevoerde rechtsgrond kan worden gebaseerd, indien de door partijen betrokken stellingen die rechtsgrond kunnen rechtvaardigen. De verplichting van art. 25 Rv wordt aldus begrensd door art. 24 Rv.<sup>427</sup> indien een partij geen betoog voert dat vatbaar is voor de uitleg dat die partij zich in wezen op een rechtsregel beroept, mag de rechter de rechtsregel niet ambtshalve toepassen.<sup>428</sup> Indien een werknemer zijn werkgever voor de kantonrechter heeft gedagvaard teneinde schadevergoeding te verkrijgen in verband met een ongeval dat hem is overkomen en de werknemer zijn vordering baseert op onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW, zal de rechter de vordering moeten beoordelen op basis van art. 7:658 BW. Daarvoor is dan wel vereist dat voor toepassing van die rechtsgrond voldoende is gesteld. Zo zal in de procedure bijvoorbeeld moeten zijn komen

---

<sup>420</sup> Asser 2011a, p. 217.

<sup>421</sup> De Graaf & Lindeijer 2003, p. 152.

<sup>422</sup> Pitlo/Rutgers & Hidma 2004, nr. 5.

<sup>423</sup> Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 25, aant. 5.

<sup>424</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 568. Rechtsgronden zijn rechtsregels of rechtsnormen, zo heeft Ahsmann geschreven. Ahsmann 2011, p. 78.

<sup>425</sup> Van Mierlo 2010, art. 25, aant. 2. Voor een overzicht van het recht waaraan rechtsgronden kunnen worden ontleend wijs ik op Vriesendorp 1970, nr. 74 e.v., Vriesendorp 1981, p. 52 e.v., alsmede Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 74 e.v.

<sup>426</sup> Hierboven is reeds gewezen op de mogelijkheden die de rechter heeft om te bewerkstelligen dat partijen het feitelijk kader en de feitelijke grondslag uitbreiden. De rechter kan daardoor meer ruimte krijgen bij het toepassen van het recht (lees: het aanvullen van rechtsgronden). Vgl. Jongbloed 2011, p. 7. In de parlementaire geschiedenis is vermeld dat de rechter bij het aanvullen van rechtsgronden binnen de grenzen van de rechtsstrijd moet blijven. Vgl. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 161.

<sup>427</sup> Zie daarover ook de conclusie van A-G Wuisman voor HR 8 april 2011, JAR 2011/132. De A-G bespreekt in zijn conclusie de voorwaarden die worden gesteld aan toepassing van art. 25 Rv.

<sup>428</sup> Lewin 2011, p. 13. Zie hierover ook Smith 2004, p. 55.

vast te staan dat het ongeval tijdens de uitvoering van de werkzaamheden door de werknemer heeft plaatsgevonden, zoals art. 7:658 lid 2 BW voorschrijft. Kortom, wanneer voor aanvulling van de rechtsgronden tevens aanvulling van de feitelijke grondslag nodig is, zal de rechter daartoe niet kunnen overgaan,<sup>429</sup> zo blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van de Hoge Raad van 3 oktober 2003.<sup>430</sup> Dat betekent dat het stellen van veel feiten de rechter meer armslag biedt.<sup>431</sup>

Ook heeft te gelden dat de formulering van de eis of het verzoek ruimte moet laten voor toepassing van een andere dan de ingeroepen rechtsgrond.<sup>432</sup> In bovengenoemd voorbeeld zal dat niet zo'n probleem zijn, omdat de kans groot is dat in het petitum van de dagvaarding is gevorderd de werkgever te veroordelen tot het vergoeden van de door de werknemer geleden en nog te lijden schade (al dan niet nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet). Zowel wanneer de vordering zou worden toegewezen op grond van art. 6:162 BW, als wanneer toepassing van art. 7:658 BW tot toewijzing leidt, kan worden gezegd dat beide rechtsgronden passen binnen de door de werknemer geformuleerde vordering. Dat hoeft zeker niet altijd het geval te zijn en daarin kan dus een beperking van de toepassing van art. 25 Rv gelegen zijn.

Een andere beperking is dat de rechter niet ambtshalve *alle* rechtsgronden aan zijn beslissing ten grondslag kan leggen. Op sommige regels moet door partijen uitdrukkelijk een beroep zijn gedaan, zoals bijvoorbeeld geldt ten aanzien van verjaring (art. 3:322 lid 1 BW), gezag van gewijsde (art. 236 lid 3 Rv) en het vernietigen van een rechtshandeling (art. 3:51 lid 1 BW).<sup>433</sup> Ook wanneer sprake is van dwingend recht, wil dat niet zeggen dat de rechter steeds tot ambtshalve toepassing gehouden is.<sup>434</sup> Zo hebben Stein en Rueb gewezen op de nietigheid van een ontslag in strijd met de in art. 7:670 BW genoemde

<sup>429</sup> Thoe Schwartzberg heeft in dit kader geschreven dat de grens tussen aanvulling van rechtsgronden en het aanvullen van feiten soms moeilijk te trekken is. Thoe Schwartzberg 2008, p. 16.

<sup>430</sup> NJ 2004, 50, waarin de Hoge Raad overwoog: 'Zou het hof de vordering hebben beoordeeld op de in het middel aangegeven grondslag, dan zou het niet slechts de rechtsgronden hebben aangevuld doch mede een nieuwe feitelijke grondslag aan de vordering hebben gegeven, hetgeen het hof niet vrijstond.' Van Schaick heeft erop gewezen dat het in de praktijk lastig blijkt om rechtsgronden aan te vullen zonder daarbij tegelijkertijd het verbod te overtreden dat de feitelijke grondslag van de vordering of het verweer niet mag worden aangevuld. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 99.

<sup>431</sup> Asser-Vranken, nr. 45, alwaar is geschreven dat een uitvoerig exposé van de feiten de speelruimte voor de rechter vergroot.

<sup>432</sup> Stein/Rueb 2007, p. 29. Zie ook Asser-Vranken, nr. 45.

<sup>433</sup> Zie voor andere voorbeelden Stein/Rueb 2007, p. 28, alsmede Bakels 2011, p. 286.

<sup>434</sup> Niet al het dwingend recht is van zo fundamentele betekenis dat het als recht van openbare orde moet worden aangemerkt. Vgl. Thoe Schwartzberg 2008, p. 16, voetnoot 5.

opzegverboden.<sup>435</sup> Daarop zal door de werknemer een beroep moeten worden gedaan, hoewel sprake is van een bepaling van (driekwart) dwingend recht (art. 7:670 lid 13 BW).

Ook wanneer de rechter overgaat tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, geldt het beginsel van hoor en wederhoor, hetgeen wil zeggen dat partijen over de wezenlijke elementen die aan de beslissing van de rechter ten grondslag liggen, voldoende moeten zijn gehoord.<sup>436</sup> Partijen mogen niet worden verrast met een beslissing waarmee zij, gelet op het verloop van het procedurele debat, geen rekening hoefden te houden, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2001.<sup>437</sup> Doet zo'n situatie zich voor, dan zal de rechter partijen in de gelegenheid moeten stellen zich uit te laten over zijn voornemen een andere rechtsgrond toe te passen dan door (één van de) partijen is ingeroepen.<sup>438</sup> Dat wil uiteraard niet zeggen dat de rechter partijen altijd de gelegenheid moet bieden op een voorgenomen aanvulling van de rechtsgronden te reageren. Immers, de Hoge Raad overwoog in het arrest van 13 september 2002,<sup>439</sup> waarin de rechter ambtshalve een loonvordering had gematigd, dat partijen er rekening mee moeten houden dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult.<sup>440</sup>

Dat de rechter verplicht is de rechtsgronden aan te vullen, maakt dat een partij in hoger beroep of in cassatie erover kan klagen dat de (lagere) rechter heeft verzuimd toepassing te geven aan het in art. 25 Rv bepaalde.<sup>441</sup>

#### **4.3.4 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi**

De vraag is hoe gezichtspuntencatalogi in de hiervoor beschreven driedeling kunnen worden ingepast. Ik roep in dit verband in herinnering dat in paragraaf 2.2.3 is beschreven dat bij toepassing van gezichtspuntencatalogi feiten en norm ineenvloeden. Dat betekent dat gezichtspunten niet louter als feiten of louter als rechtsregel kunnen worden beschouwd.

Art. 25 Rv verplicht de rechter ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Het gaat hierbij om recht in de zin van art. 79 RO. Vallen

---

<sup>435</sup> Stein/Rueb 2007, p. 28.

<sup>436</sup> Deze randvoorwaarde krijgt, aldus Lewin, in de rechtspraak van de Hoge Raad een steeds groter bereik. Lewin 2011, p. 17.

<sup>437</sup> NJ 2004, 34, m.nt. DA.

<sup>438</sup> Stein/Rueb 2007, p. 27.

<sup>439</sup> NJ 2002, 496.

<sup>440</sup> In het Eindrapport Fundamentele Herbezinning wordt juist verdedigd dat de rechter, zijn voornemen de rechtsgronden aan te vullen door het wijzen van een tussenvonnissen aan partijen kenbaar moet maken, opdat zij door die aanvulling niet worden verrast. Zie Asser, Groen & Vranken 2006, par. 5.11, aanbeveling c.

<sup>441</sup> Waarover bijvoorbeeld Smith 2004, p. 53-54.

gezichtspuntencatalogi hier ook onder? Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. De door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregels vormen ongeschreven recht in de zin van art. 79 RO.<sup>442</sup> Voor zover bepaalde gezichtspunten dwingend zijn voorgeschreven kan de Hoge Raad het oordeel van de lagere rechter vernietigen indien hij die factoren desondanks niet heeft gebruikt; de lagere rechter heeft dan een verkeerde maatstaf toegepast.<sup>443</sup> Dat de lagere rechter strikt genomen niet gehouden is de rechtspraak van de Hoge Raad te volgen en zijn eigen beslissing daarop te baseren,<sup>444</sup> doet er niet aan af dat de rechter wel het recht (in de zin van art. 79 RO) moet toepassen.<sup>445</sup>

Dit betekent dat er in hoger beroep en in cassatie niet over kan worden geklaagd dat de lagere rechter een bepaalde gezichtspuntencatalogus niet heeft toegepast, tenzij de in die catalogus genoemde factoren dwingend zijn voorgeschreven.

De vraag of de rechter gehouden kan worden ambtshalve tot aanvulling van een bepaalde rechtsgrond over te gaan, kan ook te maken hebben met het gegeven dat voor die aanvulling in de regel nader feitenonderzoek noodzakelijk is. In het kader van art. 6:248 lid 2 BW, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, heeft Lewin geschreven dat uit het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2008<sup>446</sup> voortvloeit dat door partijen een beroep op deze bepaling moet worden gedaan. Naar het oordeel van Lewin mag art. 6:248 lid 2 BW niet ambtshalve worden toegepast, in welk verband hij schreef:

---

<sup>442</sup> Asser 2011b, p. 42.

<sup>443</sup> Zo zal in paragraaf 4.6.4 nader worden uitgewerkt.

<sup>444</sup> Waarover bijvoorbeeld Stein/Rueb 2007, p. 234.

<sup>445</sup> Dat de rechtspraak van de Hoge Raad in de praktijk veelal wel wordt gevolgd maakt dit uitgangspunt niet anders. Zie over deze materie Kottenhagen 1986, Stein/Rueb 2007, p. 234, Asser 2008, p. 25, Hondius 2008, p. 174, Asser 2011b, p. 25 en Wolters 2013, p. 78. Ondanks dat aan de rechtspraak van de Hoge Raad dus strikt genomen geen precedentwerking toekomt, heeft de Hoge Raad dit begrip wel genoemd in zijn uitspraak van 5 juni 2009, JA 2009/117. De Hoge Raad overwoog in rechtsoverweging 4.1: 'De onderhavige zaak betreft een geschil over een effectenlease-overeenkomst en is door partijen in cassatie als een proefprocedure opgezet. Daarmee is beoogd een zo groot mogelijke precedentwerking voor andere soortgelijke geschillen te verkrijgen. Daarbij past reeds direct de kanttekening dat bij de beoordeling van geschillen omtrent effectenleaseproducten uiteindelijk in individuele zaken niet in onbeperkte mate kan worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van het desbetreffende product, de wijze waarop dit is aangeboden en de persoonlijke omstandigheden van de afnemer van het product.' Ook hier dus een gezichtspuntencatalogus. Jansen en Loonstra hebben erop gewezen dat de Hoge Raad lijkt uit te gaan van een mild precedentenstelsel met betrekking tot zijn eigen rechtspraak. Jansen & Loonstra 2012, p. 4. Vgl. ook Taekema, Gaakeer & Loth 2011, p. 82-83, Ahsmann 2011, p. 142, alsmede Kruit 2012, p. 15.

<sup>446</sup> NJ 2008, 418.

---

‘Toch is art. 6:248 lid 2 BW een rechtsregel van groot gewicht. Ik denk dat de verklaring waarom deze bepaling niettemin niet ambtshalve mag worden toegepast, moet worden gezocht in de omstandigheid dat de rechter bij de beoordeling van de toepasselijkheid van art. 6:248 lid 2 BW alle relevante omstandigheden in aanmerking moet nemen. Het zal daarom maar zelden voorkomen dat als de rechter die rechtsregel ambtshalve wil toepassen, nader feitenonderzoek – met name: gericht partijdebat – achterwege kan blijven.’<sup>447</sup>

Dat zal bij de toepassing van gezichtspuntencatalogi in de regel niet anders zijn. Immers, feit en recht zijn hier zeer nauw met elkaar verbonden.<sup>448</sup> Indien partijen niet hebben onderkend dat de Hoge Raad een voor hun zaak relevante gezichtspuntencatalogus heeft geformuleerd, zou dus kunnen worden betoogd dat die door de rechter ook niet ambtshalve mag worden toegepast, zeker niet indien partijen geen op de gezichtspunten afgestemde stellingen hebben ingenomen. Problematisch is dan wel aan de hand waarvan de voorliggende zaak dan moet worden beoordeeld. Het lijkt dan ook gewenst dat de rechter partijen (door toepassing van art. 22 Rv of tijdens een comparitie) vraagt om hem met betrekking tot de relevante gezichtspuntencatalogus nader te informeren.

Behoren de verschillende in een bepaalde gezichtspuntencatalogus genoemde feiten en omstandigheden tot de zogenoemde rechtsfeiten, die tezamen de feitelijke grondslag vormen? Als we weer aanhaken bij de catalogus uit het arrest Schrijver/Van Essen, zou kunnen worden betoogd dat de vijf in dat arrest genoemde gezichtspunten rechtsfeiten zijn, aangezien zij gezamenlijk tot de conclusie kunnen leiden dat sprake is (of juist geen sprake is) van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Echter, helemaal correct is dit niet, want bij de feitelijke grondslag gaat het om voor de onderbouwing van de vordering of verweer *essentiële* rechtsfeiten. De vraag is of de bedoelde gezichtspunten wel zo essentieel zijn als hier wordt vereist. Dat lijkt niet het geval, aangezien de gezichtspunten in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden

---

<sup>447</sup> Lewin 2011, p. 18. Zie ook HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3670. De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat art. 6:248 lid 2 BW een beroep van de verzekeraar op een clausule uit de polisvoorwaarden kan beletten in verband met, zo voegde de Hoge Raad toe, door de verzekeringnemer (of een derde) te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden van het concrete geval. Het is dus aan degene die een beroep op verzekeringsdekking doet om aan te voeren dat en waarom het verweer van de verzekeraar (gebaseerd op een clausule uit de polis) in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

<sup>448</sup> Vgl. hierover ook Asser 2011a, p. 217.



voor de beoordeling van de rechter van belang *kunnen*, maar niet per se *hoeven* te zijn.<sup>449</sup> Het is goed mogelijk dat de rechter tot het oordeel komt dat sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, zonder dat hij acht heeft geslagen op bijvoorbeeld de duur van het dienstverband. Als noch de werknemer, noch de werkgever die duur aan de vordering respectievelijk het verweer ten grondslag heeft gelegd, zal de rechter deze factor niet mogen gebruiken ter onderbouwing van zijn beslissing. Doet hij dat wel, dan zal sprake zijn van schending van art. 24 Rv.<sup>450</sup>

Dat lijkt ook te volgen uit het arrest van de Hoge Raad van 27 april 2001,<sup>451</sup> waarin is overwogen dat de rechter niet gehouden is ambtshalve te onderzoeken of met betrekking tot de werknemer omstandigheden bestaan die maken dat geen sprake is van een dringende reden, aangezien de werknemer noch in eerste aanleg noch in hoger beroep heeft aangevoerd dat de hem verweten verduistering, zo deze zou komen vast te staan, gelet op de overige omstandigheden van het geval geen dringende reden zou opleveren. ‘Niet gehouden’ zegt de Hoge Raad. Dat de rechter tot ambtshalve onderzoek niet gehouden is, wil niet zeggen dat een dergelijk onderzoek naar de persoonlijke omstandigheden van de werknemer ook verboden is. Mijns inziens is dat echter wel het geval. Art. 24 Rv leidt namelijk tot deze conclusie. Indien de werknemer nalaat omtrent zijn persoonlijke omstandigheden stellingen naar voren te brengen, welke tot de conclusie zouden kunnen leiden dat *geen* sprake is van een dringende reden, mag de rechter met dit gezichtspunt niets doen ter onderbouwing van zijn beslissing. Doet hij dat wel dan is sprake van een verboden aanvulling van de feitelijke grondslag.<sup>452</sup>

---

<sup>449</sup> Zie hiervoor paragraaf 2.4.1.2.

<sup>450</sup> Dat is in lijn met de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor HR 13 juni 2008, JAR 2008/186, hetgeen een art. 81 RO-zaak betreft. In deze kwestie ging het, kort gezegd, om de vraag of de rechter in het kader van de beoordeling of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet ambtshalve de persoonlijke omstandigheden van de werknemer in ogenschouw moet nemen. De A-G schreef hierover: ‘M.i. dient de grens te worden getrokken daar waar een procespartij dergelijke feiten en omstandigheden niet aan haar vordering of verweer ten grondslag heeft gelegd. Art. 24 Rv verbiedt de rechter zijn beslissingen te baseren op rechtsgronden die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit de in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar stellingen of verweer ten grondslag zijn gelegd, omdat de wederpartij dan tekort wordt gedaan in haar recht om zich daartegen te verweren. Deze hoofdregel heeft naar mijn mening ook hier te gelden, al brengt de aard van de procedure mee dat aan genoemde verplichting van de procespartij geen al te hoge eisen behoren te worden gesteld.’

<sup>451</sup> JAR 2001/95.

<sup>452</sup> Zie hierover ook Quist 2007b, p. 293.

Dat het onderscheid tussen feiten en rechtsfeiten niet steeds even strikt is, is beschreven door Ahsmann. Zij heeft naar voren gebracht dat het door elkaar lopen van feiten en rechtsfeiten heel duidelijk wordt bij de invulling van open normen. Zij noemde als voorbeeld, dat wanneer de rechter moet beoordelen of sprake is van een veiligheidsnorm, het gaat om de concrete omstandigheden van het geval of, gelet op de in het Kelderluik-arrest genoemde criteria, om een feitelijke invulling.<sup>453</sup>

Ten slotte nog enkele opmerkingen over het aanvullen van feiten. Een gezichtspuntencatalogus bestaat uit een lijst van feiten en omstandigheden die relevant (kunnen) zijn voor de door de rechter te nemen beslissing. Het is aan partijen om de feiten en omstandigheden die zij relevant achten in de procedure naar voren te brengen. De rechter mag zelf niet met ‘eigen’ feiten op de proppen komen. Het is dus aan partijen om invulling te geven aan de in gezichtspuntencatalogi genoemde factoren. Die invulling is feitelijk van aard en behoort dus tot het terrein van de procespartijen. Datzelfde geldt voor het naar voren brengen van relevante feiten en omstandigheden die niet uitdrukkelijk in een gezichtspuntencatalogus zijn genoemd. Ik wijs in dit verband op de conclusie van A-G Wissink voor HR 3 september 2010.<sup>454</sup> De A-G overwoog in onderdeel 2 van de conclusie:

‘Bij de uitleg van huwelijkse voorwaarden aan de hand van de Haviltex-norm<sup>455</sup> zijn volgens rechtspraak van Uw Raad<sup>456</sup> de gezichtspunten “voorlichting notaris” en “notarieel gebruik” (...) relevant. Die gezichtspunten kunnen echter slechts houvast bieden, indien over de inhoud van de voorlichting of het notarieel gebruik in de procedure iets is komen vast te staan (...).’

Dat doet er niet aan af dat de rechter de vaststaande feiten zelfstandig mag uitleggen, mag waarderen. Dat is geen verboden aanvulling van feiten.<sup>457</sup> Als de werknemer die op staande voet ontslagen is, stelt dat hij gelet op zijn lange dienstverband clementie verdient, mag de rechter tot een andere waardering van de duur van het dienstverband komen. Zo zou de rechter, zonder zich schuldig te maken aan verboden aanvulling van feiten, kunnen oordelen dat het lange dienstverband juist betekent dat van de werknemer een andere houding ten

---

<sup>453</sup> Ahsmann 2011, p. 88.

<sup>454</sup> RFR 2010/122.

<sup>455</sup> Zie paragraaf 2.3.1, arrest nummer 1.

<sup>456</sup> Waarbij de A-G verwees naar HR 4 mei 2007, NJ 2008, 187.

<sup>457</sup> Vriesendorp 1970, p. 86.

opzichte van zijn werkgever mocht worden verwacht. De rechter kan dus feiten en omstandigheden die een partij aan de rechter ter kennis heeft gebracht, in het nadeel van die partij uitleggen.<sup>458</sup> Ik wijs in dit verband op het arrest Groen/Schoevers,<sup>459</sup> waarin de Hoge Raad overwoog dat de rechter aan stukken die een partij ter ondersteuning van haar stellingen heeft overgelegd, respectievelijk aan door een partij gestelde en door de wederpartij niet betwiste omstandigheden, zodanige gevolgtrekkingen mag verbinden als hij juist acht, zulks ook ten nadele van de partij die het stuk heeft overgelegd, respectievelijk die omstandigheden heeft gesteld.

Hoewel de gezichtspunten door partijen moeten worden ingekleurd wil de rechter daar bij de beoordeling van het geschil iets mee kunnen, biedt een gezichtspuntencatalogus de rechter een overzicht van mogelijk relevante factoren. Het is dan ook niet uitgesloten dat de rechter, wanneer partijen (te) weinig hebben gesteld, met behulp van bijvoorbeeld de hierboven genoemde instrumenten (zoals art. 22 Rv en de inlichtingencomparitie) partijen ertoe probeert te brengen alsnog (nadere) invulling aan de gezichtspunten te geven, zodat de rechter uiteindelijk over voldoende (feitelijk) materiaal beschikt om tot een goede beoordeling van het geschil te kunnen komen.<sup>460</sup> Vranken heeft beschreven dat het nog steeds te vaak voor komt dat de rechter uitspraak doet (of moet doen) op basis van een feitensubstraat dat lacuneus of onjuist is.<sup>461</sup> Wanneer de rechter een gezichtspuntencatalogus gebruikt als lijstje van 'minimaal vereiste feiten' zou dit probleem mogelijk kunnen worden voorkomen.

In dit verband biedt het arrest van het Hof Amsterdam van 14 december 2010<sup>462</sup> een aardig voorbeeld. In dit (tussen)arrest somde het hof allereerst op welke gezichtspunten het voor de door hem te maken beoordeling van belang achtte, waarna het hof overwoog dat het omtrent die factoren nader wenst te worden geïnformeerd.

#### 4.4 Waarheids- en volledigheidsplicht

In de voorgaande paragrafen is uitgebreid aan de orde gekomen dat partijen de feiten, die zij aan hun vordering/verzoek en verweer ten grondslag willen leggen, naar voren moeten brengen. Sinds 1 januari 2002 geldt in dit verband

<sup>458</sup> Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 99.

<sup>459</sup> HR 14 november 1997, JAR 1997/263.

<sup>460</sup> Vgl. Ktr. Groningen 9 december 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BQ2453, in welke ontslag op staande voet-zaak de kantonrechter een comparitie van partijen gelastte zodat partijen mondeling nadere inlichtingen konden verschaffen.

<sup>461</sup> Asser-Vranken, nr. 43.

<sup>462</sup> NJF 2011, 23.

art. 21 Rv, dat bepaalt dat partijen<sup>463</sup> verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten *volledig en naar waarheid* aan te voeren.<sup>464</sup> De tweede volzin van dit artikel bepaalt dat, wanneer partijen deze verplichting niet naleven, de rechter daaruit de gevolgtrekking mag maken die hij geraden acht.<sup>465</sup>

De gedachte achter dit artikel is dat de rechter niet op het verkeerde been mag worden gezet door het aanvoeren van onjuiste feitelijke stellingen en ook niet door onvolledige stellingen. Het gaat erom, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis, de bewuste leugen uit te bannen.<sup>466</sup> Met art. 21 Rv wordt dan ook beoogd het achterhouden en verdoezelen van voor de beslissing

---

<sup>463</sup> Dus niet alleen eiser, maar ook de gedaagde partij. Vgl. Smith 2004, p. 23 en Ahsmann 2011, p. 56.

<sup>464</sup> Dit artikel lijkt sterk op § 138 lid 1 van de (Duitse) Zivilprozessordnung (ZPO). ‘Nach § 138 Abs. 1 sind die Parteien verpflichtet, ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäss abzugeben. Damit wird das Verbot der Prozesslüge ausgesprochen’, aldus Musielak 2007, p. 399. Art. 21 Rv is aan het Duitse recht ontleend. Westenberg & Fokker 2004, p. 83. Zie over § 138 voornoemd ook Giesen 2002, p. 89 e.v., alsmede Van der Wiel 2004, p. 19 e.v. § 138 ZPO is geënt op § 178 van de Oostenrijkse ZPO, een bepaling waarvan de overname in Nederland reeds in 1907 werd bepleit. Vgl. hierover Bosch-Boesjes 1991, p. 29 en Kremer 2003, p. 333, beiden met verwijzingen naar de preadviezen voor de NJV (1907) van Caroli en Hartzfeld.

<sup>465</sup> Dat dit artikel begin 2002 is ingevoerd, wil niet zeggen dat procespartijen voordien niet gehouden waren de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, ook al kende het oude Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet een met art. 21 overeenstemmende bepaling. De achterliggende gedachte dat een procespartij de rechter en de wederpartij niet bewust om de tuin mag leiden bestaat al veel langer (Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 21, aant. 1). In dit verband wordt er wel op gewezen dat dit onder het oude recht tot uitdrukking kwam in de gronden voor request-civiel (thans herziening genoemd). Dit rechtsmiddel kon worden ingesteld wanneer in de procedure bedrog was gepleegd of bij het achterhouden van stukken. Zie thans art. 382 Rv. Zie ook Westenberg en Fokker, die schreven dat het een partij ook onder de oude wet niet vrij stond om in een procedure voor de wederpartij gunstige feiten te verzwijgen. Westenberg & Fokker 2004, p. 83. Ik wijs in dit kader ook op de parlementaire geschiedenis, waarin is vermeld dat art. 21 Rv de wettelijke erkenning en vastlegging vormt van een reeds langer bestaande ontwikkeling, waarin van partijen wordt verlangd dat zij zich bij het aanvoeren van de feiten onthouden van onwaarheid en onvolledigheid. Zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 152. Zie over dit laatste ook Wesseling-van Gent 2003, p. 19. Klaassen heeft erop gewezen dat de verplichting, de rechter volledig en naar waarheid te informeren over de voor de door hem te beslissen zaak relevante feiten, zo vanzelfsprekend lijkt dat codificatie hiervan welhaast overbodig schijnt. Klaassen 2002, p. 1450.

<sup>466</sup> Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 146. Van Mierlo en Van Dam-Lely hebben geschreven dat uit de toevoeging van het woord ‘bewuste’ voor het woord ‘leugen’ niet dient te worden afgeleid dat bewustheid een zelfstandige voorwaarde is voor schending van art. 21 Rv. Het weglaten van voor de beslissing van de rechter van belang zijnde feiten, is niet (altijd) een bewuste leugen, maar kan wel in strijd met de waarheids- en volledigheidsplicht zijn. Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 46.

relevante feiten tegen te gaan.<sup>467</sup> Wanneer partijen een beslissing van de rechter vragen, kan van hen namelijk worden verlangd dat zij de daarvoor van belang zijnde feiten aan hem voorleggen.<sup>468</sup> Daarbij wordt ernaar gestreefd dat zoveel mogelijk wordt beslist op basis van de werkelijkheid.<sup>469</sup> Of, zoals Snijders c.s. dat heeft verwoord, de rechter kan partijen slechts werkelijk recht doen als hij zich baseert op ware feiten.<sup>470</sup> Het doel van de waarheids- en volledigheidsplicht is dan ook dat de rechter een zo goed mogelijk beeld krijgt van alle relevante feiten.<sup>471</sup> In dit verband is de beschikking van de Hoge Raad van 30 oktober 2001<sup>472</sup> van belang. Hier overwoog de Hoge Raad:

‘De omvang van een aan de beoordeling van de civiele rechter onderworpen geschil wordt bepaald door partijen. De rechter dient het geschil derhalve te beoordelen binnen de door partijen getrokken grenzen. Daarbij kan in het midden blijven of in het burgerlijk procesrecht een rechtsregel als is geformuleerd in het nog niet in werking getreden art. 1.3.3 Rv [art. 21 Rv, JQ] thans reeds ongeschreven recht is en of de daarin vervatte regel dat partijen verplicht zijn de voor de beslissing van het door hen begrensde geschil van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, een absolute verplichting voor partijen inhoudt binnen die grenzen de materiële waarheid aan te voeren. Een geding behoort in ieder geval zoveel mogelijk op basis van de werkelijkheid te worden beslist. Dit brengt mee dat, zoals ook voortvloeit uit de geldende eisen van een goede procesorde in burgerlijke zaken, de rechter niet mag worden misleid.’

Dat partijen volledig moeten zijn bij het naar voren brengen van feiten, wil niet zeggen dat zij *alle* feiten moeten aanvoeren. Art. 21 Rv heeft slechts betrekking op de voor de oplossing van het geschil relevante feiten. Dat betekent ook dat art. 21 Rv geen afbreuk doet aan de, uit art. 24 Rv voortvloeiende, vrijheid van

<sup>467</sup> Van Mierlo 2010, art. 21, aant. 1.

<sup>468</sup> Die verplichting geldt te meer indien de wederpartij (in beginsel) niet wordt gehoord, zoals bijvoorbeeld het geval is bij het indienen van een beslagrekest. Zie hierover Pres.Rb. Haarlem 10 juli 2009, NJF 2009, 363.

<sup>469</sup> Stein/Rueb 2007, p. 24. Op p. 140 is opgemerkt dat het proces beter aan zijn doel (het tegengaan van eigenrichting) zal beantwoorden als daarin een beslissing valt die gebaseerd is op hetgeen in werkelijkheid heeft plaatsgevonden.

<sup>470</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 199. Zie voorts Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 152, waar is geschreven dat in toenemende mate wordt getracht te bevorderen dat de beslissing van de rechter zoveel mogelijk recht doet aan de materiële waarheid. Ik wijs voorts op Giesen 2002, p. 85 en Asser 2004a, p. 41.

<sup>471</sup> De Bock 2011, p. 53.

<sup>472</sup> NJ 2003, 201.

partijen om de grenzen van het geding te bepalen,<sup>473</sup> maar binnen dat kader zijn zij verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Partijen zijn dus niet verplicht om feiten naar voren te brengen die buiten het kader van de procedure vallen.<sup>474</sup> Maar, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis, vraagt men eenmaal op grond van een bepaalde feitenconstellatie aan de rechter een beslissing over een geschil, dan gaat het niet aan om de rechter de beslissing te moeilijken of zelfs onmogelijk te maken, door hem benodigde gegevens, die wel binnen het bedoelde kader vallen, te onthouden.<sup>475</sup>

De plicht van art. 21 Rv geldt niet alleen indien de rechter, bijvoorbeeld met toepassing van art. 22 Rv, om nadere informatie en/of stukken heeft verzocht, maar partijen dienen uit zichzelf, dus spontaan, de relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren.<sup>476</sup> Dit voorschrift geldt bovendien in elk stadium van de procedure<sup>477</sup> en geldt niet alleen voor de dagvaardingsprocedure, maar voor alle in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregelde procedures, zo heeft de Hoge Raad nog niet zo lang geleden bevestigd.<sup>478</sup> Het geldt (vanzelfsprekend) niet alleen voor de eisende/verzoekende partij, maar ook voor de gedaagde/verweerder.<sup>479</sup>

<sup>473</sup> Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 147 en 152.

<sup>474</sup> Van den Reek 1997, p. 14, Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 10, Wiersma 2002, p. 14, alsmede Westenberg & Fokker 2004, p. 83. Zie ook Westenberg 2006, p. 384, die schreef dat men niet vollediger dan volledig hoeft te zijn. Is het gestelde feitencomplex dat de vordering moet dragen op zich volledig, dan heeft men als eiser aan de volledigheidseis voldaan. Overigens heeft Van Schaick geschreven dat art. 21 Rv bepaald ongelukkig is geformuleerd, doordat het suggereert dat feiten die worden aangevoerd, maar die niet van belang zijn voor de beslissing, wél onjuist of onvolledig mogen zijn. Van Schaick 2009a, p. 37.

<sup>475</sup> Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 147.

<sup>476</sup> Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 147. Zie hierover onder andere Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 48.

<sup>477</sup> Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 21, aant. 1 en Van Mierlo 2010, art. 21, aant. 3. In paragraaf 4.2.3.1 en 4.2.3.2 kwam reeds aan de orde dat na dagvaarding en conclusie van antwoord vaak geen schriftelijke ronde meer volgt. Partijen die er zeker van willen zijn dat bepaalde stellingen schriftelijk aan de rechter worden voorgelegd, dienen die stellingen dan ook bij eerste gelegenheid, dat wil zeggen bij dagvaarding of in de conclusie van antwoord, aan te voeren, aldus Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 148.

<sup>478</sup> HR 25 maart 2011, RvdW 2011, 418.

<sup>479</sup> Zie in dit verband Alt 2009, p. 37, Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 144 en Sijmonsma 2011, p. 158. Bovendien werkt de waarheids- en volledigheidsplicht van partijen door in de verplichtingen van hun advocaten. Zo bepaalt art. 30 van de Gedragsregels voor advocaten 1992: 'De advocaat dient zich te onthouden van het verstrekken van feitelijke gegevens waarvan hij weet, althans behoort te weten, dat die

De waarheids- en volledigheidsplicht kan meebrengen dat partijen gehouden zijn om ook feiten aan de rechter te presenteren die ongunstig zijn voor het eigen standpunt, maar juist kunnen bijdragen aan het gelijk van de wederpartij. In dit verband is het arrest van de Hoge Raad van 28 september 2001<sup>480</sup> van belang. Hierin werd geoordeeld dat de opvatting dat (ook)<sup>481</sup> in een civiele procedure niemand gedwongen kan worden eraan mee te werken bewijs tegen zichzelf of te zijnen nadele bij te brengen, in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard.<sup>482</sup> Dat betekent dat een partij door art. 21 Rv soms wellicht geforceerd kan worden om (een begin van) bewijs tegen zichzelf te leveren.<sup>483</sup> Dat gaat echter niet zover dat partijen ook hun zwakke posities moeten openbaren.<sup>484</sup> Art. 21 Rv staat er evenmin aan in de weg dat partijen de naar hun oordeel relevante feiten selecteren en vanuit hun eigen 'point of view' interpreteren.<sup>485</sup> Partijen hoeven elkaar dus niet te wijzen op mogelijke verweren, die de wederpartij ook zelf zou kunnen bedenken. Van partijen en hun proceshulpers, zo schreef Alt, kan en mag namelijk worden verwacht dat zij alert zijn op datgene wat in de procedure naar voren moet worden gebracht.<sup>486</sup> Dat wordt echter anders indien (bewust) feiten onvermeld worden gelaten die de wederpartij kennelijk niet kent, waardoor de zaak op een onjuiste, met de werkelijkheid strijdige wijze aan de rechter wordt gepresenteerd.<sup>487</sup>

---

onjuist zijn.' Zie over de positie van de advocaat in relatie tot art. 21 Rv Klaassen 2002, p. 1455-1456. Zie ook Kaptein 2006, p. 83-85.

<sup>480</sup> NJ 2002, 104, m.nt. DWFV.

<sup>481</sup> Net als in het strafrecht. Vgl. in dit verband art. 29 Sv, dat het aan de verdachte toekomende zwijgrecht verwoordt. Art. 21 Rv daarentegen kan juist de plicht tot spreken met zich brengen.

<sup>482</sup> Klaassen heeft er in dit verband op gewezen dat in diverse gevallen in de context van het bewijsrecht is aangenomen dat op de gedaagde een (nadere) informatieplicht rust teneinde de in bewijsnood verkerende eiser aanknopingspunten voor diens bewijslevering te verschaffen. Zij heeft voorts gewezen op diverse andere (wettelijke) informatieplichten. Dit alles illustreert aldus Klaassen dat het niet geheel vreemd is aan het civiele proces dat een partij gehouden is tot het verstrekken van informatie, ook als het gevolg hiervan is dat de wederpartij daarmee in de kaart wordt gespeeld. Klaassen 2002, p. 1452-1453. Vgl. ook Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nrs. 40 en 83.

<sup>483</sup> Giesen 2002, p. 87.

<sup>484</sup> Letterlijke lezing van art. 21 Rv brengt dit weliswaar met zich, maar dat is niet wat de wetgever heeft bedoeld. Zie hierover Boudewijn 2011, p. 138.

<sup>485</sup> Van Mierlo 2010, art. 21, aant. 2.

<sup>486</sup> Alt 2009, p. 54. Zo hoeft de wederpartij bijvoorbeeld niet te worden gewezen op het feit dat de vordering van de eiser inmiddels verjaard is. Vgl. Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 10.

<sup>487</sup> Klaassen 2002, p. 1453.

Het is aan de rechter om te beoordelen of partijen zich aan de in art. 21 Rv genoemde plicht hebben gehouden, waarbij geldt dat dat oordeel steeds afhankelijk is van de omstandigheden van het geval,<sup>488</sup> nu met betrekking tot de vraag of sprake is van schending van art. 21 Rv geen ‘hard and fast rules’ te geven zijn. Het gaat hier, aldus de Hoge Raad in zijn beschikking van 25 maart 2011,<sup>489</sup> om een aan de feitenrechter voorbehouden uitleg van de gedingstukken, welke waarderingen van feitelijke aard zijn en in cassatie niet op juistheid kunnen worden onderzocht.<sup>490</sup> De rechter mag, zo volgt voorts uit deze uitspraak, ambtshalve oordelen dat één van de partijen of beide partijen de waarheids- en volledigheidsplicht heeft c.q. hebben geschonden.

Door Stein en Rueb is er, in het kader van de vraag of sprake is van schending van art. 21 Rv, op gewezen dat wel problematisch is dat procederen altijd vergt dat er ten aanzien van de naar voren te brengen feiten wordt geselecteerd, dat die selectie samenhangt met het ingenomen partijstandpunt en dat niet eenvoudig is vast te stellen of bij die selectie art. 21 Rv is geschonden.<sup>491</sup> In gelijke zin A-G Huydecoper, die in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2007<sup>492</sup> uiteen heeft gezet dat het omslagpunt van art. 21 Rv niet eenvoudig aan te geven is. Hij heeft er in dit verband allereerst op gewezen dat het vaak meer een kwestie van smaak en appreciatie dan van objectiveerbare weging is, of men een bepaalde partijuiting beoordeelt als een onjuiste of onvolledige presentatie van feiten, dan wel als een eenzijdige maar geoorloofde rangschikking van de feiten in het kader van het partijstandpunt. Daarnaast, zo vervolgde de A-G, is er een lastig te beoordelen grens te trekken tussen stellingen die tegen beter weten in worden aangevoerd en stellingen, die, ofschoon misschien weinig aannemelijk, niet als ‘vaststaand’ onjuist kunnen worden aangemerkt en waarvan kan worden verdedigd dat men die in gemoede wel naar voren mocht brengen.

De wetgever heeft onderkend dat er verschil van inzicht kan bestaan over het antwoord op de vraag welke feiten van belang zijn voor de beslissing van de rechter en hoe volledig de stellingen van partijen moeten zijn.<sup>493</sup> Te dien aanzien is in de memorie van toelichting overwogen dat art. 21 Rv voor partijen

---

<sup>488</sup> Aldus ook Klaassen 2002, p. 1457.

<sup>489</sup> RvdW 2011, 418. In deze beschikking heeft de Hoge Raad zich voor het eerst uitgesproken over de reikwijdte van art. 21 Rv en de grenzen van de bevoegdheid van de rechter bij het bepalen van de sanctie op niet-naleving daarvan. Vgl. Ynzonides & De Boer 2011, p. 2289.

<sup>490</sup> Zie hierover nader paragraaf 4.6.

<sup>491</sup> Stein/Rueb 2007, p. 24.

<sup>492</sup> NJ 2007, 353.

<sup>493</sup> Vgl. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 147 en 151.



slechts een algemene handleiding in het processuele debat vormt, maar dat dat niet betekent dat het artikel geen concreet resultaat zal hebben.<sup>494</sup> Deze overweging doet er niet aan af dat de door de rechter te maken afweging een lastige is, ervan uitgaande dat überhaupt al wordt ontdekt dat een partij de relevante feiten niet volledig en naar waarheid heeft aangevoerd. Het ligt in de rede dat dat in veel gevallen onopgemerkt zal blijven, aangezien de ‘pakkans’ gering is.<sup>495</sup>

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van schending van art. 21 Rv dient steeds te worden bedacht dat waarheid vaak een fictie is, omdat iedere waarheid altijd subjectief gekleurd is, aangezien partijen, overtuigd van hun gelijk, selectief waarnemen en selectief herinneren.<sup>496</sup> Ook Van der Wiel heeft er in zijn proefschrift op gewezen dat een bepaald feitencomplex zich veelal op tal van manieren laat ervaren, uitleggen en omschrijven, zonder dat gezegd kan worden dat één van deze omschrijvingen onjuist is.<sup>497</sup> Feiten zijn, zoals Vranken het heeft verwoord, uiteindelijk altijd aspecten van gebeurtenissen die men ook anders kan interpreteren.<sup>498</sup> Dat betekent dat de processuele waarheid in het beste geval in de buurt komt bij wat zich in feite heeft voorgedaan.<sup>499</sup>

Indien de rechter tot het oordeel komt dat sprake is van schending van art. 21 Rv (hetgeen hij dus ook ambtshalve kan doen)<sup>500</sup> mag hij, zo vloeit uit het artikel voort, de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.<sup>501</sup> Op deze sanctie is de nodige kritiek geuit. Zo hebben Van Mierlo en Van Dam-Lely geschreven dat niet met zekerheid valt te zeggen wat onder de in de wet beschreven sanctie moet worden begrepen en dat de parlementaire geschiedenis op dit punt weinig

---

<sup>494</sup> Dit laatste is door Van Mierlo en Van Dam-Lely betwist. Zij schreven dat zij de indruk hebben dat de invloed van art. 21 Rv op de processuele houding van partijen nihil is. Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 47. Vgl. ook Alt, die schreef dat de invoering van art. 21 Rv naar zijn oordeel niet tot een aardverschuiving heeft geleid voor wat betreft de waarheidsvinding. Alt 2009, p. 55.

<sup>495</sup> Vgl. Giesen 2002, p. 87 en 88. Vaak wordt pas door toeval ontdekt dat er gezwezen is over een relevante omstandigheid, aldus Van Katwijk 2007, p. 81.

<sup>496</sup> Von Schmidt auf Altstadt 2002, p. 10. Zie in gelijke zin Alt 2009, p. 50.

<sup>497</sup> Van der Wiel 2004, p. 15.

<sup>498</sup> Asser-Vranken, nr. 110.

<sup>499</sup> Hammerstein 2010, p. 551.

<sup>500</sup> Waarover Ynzonides & De Boer 2011, p. 2290.

<sup>501</sup> Van der Wiel heeft beschreven dat de in art. 21 Rv genoemde waarheids- en volledigheidsplicht een rechtsplicht is en dat schending daarvan een onrechtmatige daad vormt. Van der Wiel 2004, p. 33-34. Naast de door de rechter op te leggen sanctie, zou schending van art. 21 Rv ook tot een schadevergoedingsvordering aanleiding kunnen geven.

duidelijkheid biedt.<sup>502</sup> Giesen heeft naar voren gebracht dat dit in de sanctiesfeer wel een heel erg open norm is.<sup>503</sup> Wel is het zo dat door deze vage en ruime omschrijving bij het opleggen van een sanctie rekening kan worden gehouden met bijvoorbeeld de aard van de zaak en/of de hoedanigheid van partijen.<sup>504</sup> Het voorschrift biedt dus de ruimte voor de rechter om in overeenstemming met de omstandigheden van het geval op schending van art. 21 Rv te reageren.<sup>505</sup> In voornoemde beschikking van 25 maart 2011<sup>506</sup> heeft de Hoge Raad in dit kader overwogen dat de aan een schending van art. 21 Rv te verbinden gevolgen in overeenstemming met de aard en de ernst van die schending moeten zijn. Deze aspecten geven dus wel enige invulling aan de sanctie dat de rechter de gevolgtrekking mag maken die hij geraden acht.

Aan welke sancties kan in dit verband worden gedacht?<sup>507</sup> In de parlementaire geschiedenis wordt gesproken over het extra kritisch bezien van de andere stellingen van de overtredende partij (waardoor de rechter bepaalde stellingen zou kunnen passeren),<sup>508</sup> een sanctie in de sfeer van de proceskostenveroordeling,<sup>509</sup> het verzwaren van de bewijslast van de nalatige partij, alsmede het wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing laten van stellingen indien de nalatige partij haar stellingen wenst uit te breiden met nieuwe stellingen.<sup>510</sup> Ook kan worden gedacht aan het niet toelaten tot het

---

<sup>502</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 47.

<sup>503</sup> Giesen 2002, p. 87.

<sup>504</sup> Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 21, aant. 3.

<sup>505</sup> Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 150. Op p. 151 wordt in dit verband het woord 'flexibiliteit' gebruikt.

<sup>506</sup> Zie voetnoot 489.

<sup>507</sup> Zie hierover ook Ten Haaf 2007, p. 14 e.v., alsmede Wijnbergen 2011, p. 974 e.v.

<sup>508</sup> Zie Bosse 2003, p. 30. Zie in dit verband Rb. Alkmaar 16 september 2009, Prg. 2009/206, Rb. Rotterdam 29 december 2010, NJF 2011, 151, Rb. Arnhem 2 maart 2011, NJF 2011, 170, Ktr. Maastricht 16 maart 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BP8610 en Rb. Breda 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT6896.

<sup>509</sup> Zie hiervoor bij wijze van voorbeeld Pres.Rb. Maastricht 1 september 2005, NJF 2005, 374, Ktr. Assen 10 augustus 2010, NJF 2010, 379, Rb. Rotterdam 8 december 2010, NJF 2011, 140, Rb. Zutphen 3 augustus 2011, NJF 2011, 474 en Ktr. Assen 20 december 2011, Prg. 2012, 57. Van Katwijk heeft gepleit voor 'een wat heftiger sanctie, bijvoorbeeld door een kostenveroordeling uit te spreken, waarbij de volledige kosten worden toegewezen en niet alleen de gebruikelijke, aan de hand van het liquidatietarief begrote, proceskosten. Van Katwijk 2007, p. 85-86. Wanneer de rechter een integrale proceskostenveroordeling te ver vindt gaan, maar uitsluitend toewijzing op basis van het liquidatietarief te weinig vindt, kan aan verschillende tussenvormen worden gedacht. Zie hierover Boot & Quist 2011, p. 27-29.

<sup>510</sup> Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 148 en 149. Vgl. Rb. Oost-Brabant 23 januari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ1778.

leveren van (nader) bewijs,<sup>511</sup> het afwijzen van een verzoek tot beslaglegging<sup>512</sup> dan wel juist het opheffen van een beslag<sup>513</sup> en het schorsen van de uitvoerbaarheid bij voorraad ex art. 351 Rv.<sup>514</sup> De Kantonrechter Assen oordeelde dat op basis van de schending van art. 21 Rv getwijfeld moet worden aan de goede trouw van de eisende partij.<sup>515</sup> Het opleggen van deze sancties kan er dus toe leiden dat de partij die de uit art. 21 Rv voortvloeiende verplichting schendt, de procedure verliest.<sup>516</sup> In de literatuur is overigens wel regelmatig gepleit voor strenge(re) sancties, zodat art. 21 Rv niet slechts een papieren tijger blijft.<sup>517</sup> Uit verschillende uitspraken komt overigens naar voren dat de rechter, wat art. 21 Rv aangaat, streng is voor zogenoemde repeatplayers.<sup>518</sup>

Met betrekking tot de mogelijke sancties is nog van belang op te merken dat de minister een uitsluiting van aanvulling of rectificatie van de onjuiste dan wel onvolledige stellingen niet zinvol achtte. Immers, vaak zullen die stellingen ten voordele van de wederpartij strekken, zodat een dergelijke uitsluiting mogelijk (ook) haar zou (kunnen) benadelen.<sup>519</sup>

<sup>511</sup> Vgl. Rb. Amsterdam 25 juni 2008, NJF 2008, 358.

<sup>512</sup> Pres.Rb. Amsterdam 7 april 2011, NJF 2011, 246 en Pres.Rb. Alkmaar 20 december 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BY6992.

<sup>513</sup> Pres.Rb. Haarlem 10 juli 2009, NJF 2009, 363 en Pres.Rb. Amsterdam 12 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ7789. In Pres.Rb. Rotterdam 10 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9073 werd geoordeeld dat er onvoldoende grond was om het beslag, vanwege de schending van art. 21 Rv op te heffen. De voorzieningenrechter overwoog in dat verband dat het verzuim niet van dien aard en ernst was om het beslag reeds op die grond op te heffen. Hierbij is meegewogen dat de rechter er vanuit gaat dat niet bewust is gepoogd een onvolledige voorstelling van zaken te geven. Zie voorts Pres.Rb. Den Haag 17 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9448. Zie hierover Hendrikse 2013, p. 15.

<sup>514</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2252.

<sup>515</sup> Ktr. Assen 18 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU3890.

<sup>516</sup> Zie bijvoorbeeld Ktr. Zwolle 29 maart 2005, Prg. 2005/68, Rb. Assen 18 maart 2009, NJF 2009, 324, Ktr. Sittard-Geleen 23 september 2009, Prg. 2009/207, Rb. Haarlem 13 juli 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR3952 en Ktr. Alkmaar 21 mei 2012, Prg. 2012/310. Zie voor andere zaken waarin art. 21 Rv een rol speelde Hof Den Bosch 6 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU7155, Ktr. Roermond 11 januari 2012, Prg. 2012/69, Ktr. Amsterdam 11 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW5492, Rb. Rotterdam 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY0678, Ktr. Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ9256 en Ktr. Zwolle 21 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA0918.

<sup>517</sup> Zie bijvoorbeeld Klaassen 2002, p. 1458, Kremer 2003, p. 337, Van Schaick 2009a, p. 38 en Alt 2009, p. 56.

<sup>518</sup> Ktr. Groningen 2 februari 2006, Prg. 2006/87, Ktr. Assen 10 augustus 2010, NJF 2010, 379, Ktr. Maastricht 16 maart 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BP8610, alsmede Ktr. Assen 20 december 2011, Prg. 2012/57.

<sup>519</sup> Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 149.

De rechter zal geen sanctie opleggen indien er een gewichtige reden bestaat om niet aan de in art. 21 Rv genoemde verplichting te voldoen. Deze uitzondering is niet met zoveel woorden in deze bepaling vermeld, maar aangenomen wordt dat hier hetzelfde systeem geldt als bij art. 22 Rv,<sup>520</sup> dat bepaalt dat de rechter partijen kan bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde stukken over te leggen. Indien er een gewichtige reden bestaat hoeven partijen geen gevolg te geven aan een dergelijk bevel. Bij de invulling van het criterium 'gewichtige redenen' moet, zo is in de parlementaire geschiedenis bij art. 22 Rv overwogen, in de eerste plaats worden gedacht aan vertrouwelijke gegevens, zoals bijvoorbeeld gegevens betreffende de seksuele geaardheid, de medische status of financiële positie. Ook kan worden gedacht aan vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Hieraan is toegevoegd dat een nadere invulling van dit criterium het best aan de rechtspraak kan worden overgelaten.<sup>521</sup>

#### **4.4.1 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi**

Het hiervoor besproken art. 21 Rv roept de nodige vragen op, terwijl die bij lange na niet allemaal worden beantwoord in de parlementaire stukken. Verschillende aspecten zullen dus (nader) in en door de rechtspraak moeten worden verduidelijkt. Die rechtspraak lijkt vooralsnog niet te zijn uitgekristalliseerd.<sup>522</sup> Eén van die vragen is wat nu precies onder 'feiten' moet worden verstaan, een vraag die ook zeer relevant is in het kader van de toepassing van gezichtspuntencatalogi. Van belang is namelijk of (alle) gezichtspunten vallen onder het begrip 'feiten' in art. 21 Rv.

In de parlementaire geschiedenis is niet uitdrukkelijk op deze vraag ingegaan en ook in de literatuur is hier niet erg veel aandacht aan besteed. Wel heeft Bannier erop gewezen dat onder 'feiten' moet worden verstaan wat er in het normale spraakgebruik onder valt.<sup>523</sup> En Kremer heeft geschreven dat alles wat zich afspeelt in de opiniërende sfeer buiten de verplichting van art. 21 Rv valt.<sup>524</sup>

Gezichtspuntencatalogi zijn lijsten met factoren, die verwijzen naar feiten en omstandigheden die van belang zijn of kunnen zijn bij de door de rechter te maken beoordeling in een bepaalde zaak. De grens tussen feiten

---

<sup>520</sup> Vgl. hierover Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 203 en Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, p. 47.

<sup>521</sup> Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 157.

<sup>522</sup> De Bock 2011, p. 53.

<sup>523</sup> Bannier 2002, p. 298.

<sup>524</sup> Kremer 2003, p. 334. Dit biedt volgens Kremer een opening om bijvoorbeeld een ongunstig partijdeskundigenrapport buiten beschouwing te laten. Zie over dit laatste ook Klaassen 2002, p. 1456.

enerzijds en omstandigheden anderzijds is niet steeds scherp te trekken. Echter, wanneer de in paragraaf 2.3.1 weergegeven gezichtspunten tegen het licht worden gehouden, is zichtbaar dat sommige van de daar genoemde factoren evident zullen vallen onder ‘feiten’ in de zin van art. 21 Rv. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het vaststellen van het aantal overschrijdingen van een geluidsnorm,<sup>525</sup> het aantal waterwegen en de lengte daarvan dat een waterschap moet onderhouden,<sup>526</sup> het al dan niet hebben afgesloten van een verzekering,<sup>527</sup> etc. Het gaat hier steeds om objectief vast te stellen feiten waarover weinig discussie mogelijk lijkt te zijn. Maar veel van de genoemde factoren zijn van een andere aard. Het gaat dan bijvoorbeeld om de mate waarin iets wel of niet het geval is,<sup>528</sup> de hoedanigheid van partijen,<sup>529</sup> wat van iemand kon worden verwacht<sup>530</sup>, etc. Naar normaal spraakgebruik zijn deze factoren lastig als feiten te kwalificeren. Het gaat hier dan ook om ‘omstandigheden’, die tezamen met feiten de in gezichtspuntencatalogi voorkomende factoren kunnen vormen.

Ik heb noch in de parlementaire geschiedenis, noch in de rechtspraak aanwijzingen gevonden die de stelling, dat art. 21 Rv beperkt moet worden opgevat en dus alleen ziet op ‘feiten’ en niet op ‘omstandigheden’, kunnen ondersteunen. In tegendeel, op verschillende plaatsen in de parlementaire stukken wordt gesproken over ‘gegevens’ in plaats van over ‘feiten’.<sup>531</sup> ‘Gegevens’ lijkt een ruimer begrip te zijn dan ‘feiten’. Het is dan ook goed verdedigbaar dat ‘feiten’ en ‘omstandigheden’ beide vallen onder ‘gegevens’, zodat het er voor moet worden gehouden dat art. 21 Rv ziet op gezichtspunten in het algemeen en dus niet uitsluitend op gezichtspunten die tevens als ‘feit’ kunnen worden gekwalificeerd.

Een ander aspect dat zeker ook bij toepassing van gezichtspuntencatalogi een rol kan spelen, betreft het hierboven uitgewerkte gegeven dat verschil van inzicht kan ontstaan over het antwoord op de vraag welke feiten (en omstandigheden) nu wel of niet van belang zijn voor de door de rechter te maken beoordeling. Dit aspect wordt versterkt wanneer een bepaalde zaak aan de hand van een gezichtspuntencatalogus moet worden opgelost. Immers, de in zo’n catalogus

---

<sup>525</sup> Zie paragraaf 2.3.1, arrest nummer 4, gezichtspunt 1.

<sup>526</sup> Arrest nummer 5, gezichtspunt 1.

<sup>527</sup> Arrest nummer 16, gezichtspunt 2.

<sup>528</sup> Arrest nummer 3, gezichtspunt 3, arrest nummer 19, gezichtspunt 1 en arrest nummer 24, gezichtspunt 2.

<sup>529</sup> Arrest nummer 2, gezichtspunt 1 en arrest nummer 12, gezichtspunt 3.

<sup>530</sup> Arrest nummer 2, gezichtspunt 2.

<sup>531</sup> Zie bijvoorbeeld Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 147, 148, 152 en 153.

genoemde feiten en omstandigheden kunnen relevant zijn voor de beslissing van de rechter, maar zijn dat niet in alle gevallen. Het is, met andere woorden, dus niet gezegd dat steeds alle in een catalogus genoemde factoren relevant zijn voor de door de rechter te nemen beslissing. Ook Asser heeft hierop gewezen. In het kader van de vraag wat relevante feitelijke informatie is, schreef hij dat uitgaande van een gestolde en nauwkeurige rechtsregel het antwoord daarin kan worden gevonden. Maar, voor het rechterlijk oordeel op basis van rechtsregels die veel ruimte voor variatie laten of rechtsregels die nog niet bestaan, maar door de rechter in het concrete geval moeten worden geformuleerd, kan, zo schreef Asser, elke informatie van belang zijn, zonder dat van te voren duidelijk is welke informatie uiteindelijk dragend zal zijn voor de beslissing.<sup>532</sup>

De vraag wanneer een bepaald gezichtspunt nu wel of niet relevant is laat zich in het algemeen niet beantwoorden. Dat kan in iedere zaak anders liggen en bovendien kan over deze vraag niet alleen tussen partijen, maar ook met de rechter verschil van inzicht bestaan. Wellicht dat één van de partijen veel belang toekent aan een bepaald gezichtspunt, terwijl de rechter die factor van geen of minder belang acht. Bovendien kan eigenlijk pas ná de rechterlijke uitspraak definitief worden vastgesteld wat precies de relevante feiten zijn, zodat het lastig is om van partijen te vergen dat zij direct alle relevante feiten naar voren brengen.<sup>533</sup>

Ik merk in dit verband op dat dit anders kan liggen voor imperatieve gezichtspuntencatalogi, zoals die uit het in hoofdstuk 5 (nader) te bespreken arrest Van Hese/De Schelde. De Hoge Raad overwoog in dat arrest dat de (lagere) rechter er in zijn motivering blijk van moet geven alle door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken. In dat geval zal er niet zo snel discussie ontstaan over de vraag of de genoemde gezichtspunten nu wel of niet relevant zijn voor de door de rechter te maken beoordeling.<sup>534</sup> Anders dan bij 'gewone' gezichtspuntencatalogi ligt het bij een imperatieve lijst voor de hand dat op grond van art. 21 Rv van partijen mag worden verwacht dat zij ingaan op de door de Hoge Raad genoemde feiten en omstandigheden. Indien een partij nalaat op een bepaald gezichtspunt in te gaan, is de kans groot dat de invulling en weging van dat gezichtspunt voor haar wellicht niet zo gunstig zal uitpakken. De rechter zal dan namelijk de gevolgtrekking kunnen maken die hij geraden acht, bijvoorbeeld door uit te gaan

---

<sup>532</sup> Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 28.

<sup>533</sup> De Bock 2011, p. 147.

<sup>534</sup> Dat wil natuurlijk niet zeggen dat er geen discussie kan ontstaan over het onderlinge gewicht van de verschillende gezichtspunten.

van de invulling die de andere partij aan het desbetreffende gezichtspunt heeft gegeven.

Het voorgaande impliceert dat bij niet-imperatieve catalogi niet snel zal kunnen worden geoordeeld dat partijen de verplichting van art. 21 Rv hebben geschonden. Wanneer immers niet vaststaat welke feiten en omstandigheden relevant zijn voor de door de rechter te maken beoordeling, zal de rechter uit het niet ingaan op een bepaald gezichtspunt niet zomaar mogen concluderen dat de desbetreffende partij hem heeft willen misleiden. Partijen mogen, het kwam hierboven ter sprake, zelf een selectie maken van de naar hun oordeel relevante feiten. Dat geldt uiteraard niet alleen voor de eisende, maar ook voor de gedaagde partij, zo illustreert het vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Bosch van 21 maart 2002.<sup>535</sup> Hij oordeelde:

‘De verplichting van een eisende partij om de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren brengt niet mee dat in de dagvaarding feiten moeten worden vermeld die in de visie van die eisende partij niet relevant zijn. Het is aan de gedaagde partij zelf om zijn verweer (...) met feiten te onderbouwen.’

#### 4.5 Motivering

Vonnissen houden, met uitzondering van de gevallen bij wet bepaald, de gronden in waarop zij rusten, zo bepaalt art. 121 Gw. Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in art. 5 lid 1 RO, dat bepaalt dat vonnissen en arresten in burgerlijke zaken, op straffe van nietigheid, de gronden bevatten waarop zij berusten. In dit verband valt voorts te wijzen op art. 30 Rv, waaruit volgt dat vonnissen, arresten en beschikkingen de gronden inhouden waarop zij berusten, tenzij uit de wet anders voortvloeit.<sup>536</sup> Daar komt bij dat art. 230 lid 1 sub e Rv ten aanzien van vonnissen bepaalt dat zij de gronden van de beslissing, de feiten waarop de beslissing rust daaronder begrepen,<sup>537</sup> dienen te vermelden. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing op beschikkingen, zo volgt uit de schakelbepaling van art. 287 lid 1 Rv. De schakelbepalingen van de artt. 353 lid 1 en 362 Rv regelen dat de motiveringsplicht in ook in hoger beroep geldt.

---

<sup>535</sup> KG 2002/110.

<sup>536</sup> In dit verband kan worden gedacht aan verstekzaken (art. 230 lid 2 Rv) en de situatie waarin een aan de Hoge Raad voorgelegde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling (art. 81 RO). Zie voorts art. 287 lid 2 Rv.

<sup>537</sup> Dat zijn de feiten die, eventueel na bewijslevering, naar het oordeel van de rechter vaststaan, aldus Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 119.

Uit de wet, waarin het motiveringsbeginsel hecht verankerd is,<sup>538</sup> volgt dus dat rechterlijke uitspraken, uitzonderingen daargelaten, moeten worden gemotiveerd. Door die motivering wordt de beslissing in het dictum verklaard.<sup>539</sup> De rechter dient, zo heeft Vranken geschreven, het eindresultaat van zijn proces van meningsvorming en overtuiging begrijpelijk en aanvaardbaar te maken. Voorwaarde is dat hij inzicht verschaft in het wat en waarom van de argumenten die tot zijn beslissing hebben geleid.<sup>540</sup> Dat dient verschillende functies.

In de eerste plaats geeft de motivering partijen inzicht in de gedachtegang die de rechter tot zijn beslissing heeft geleid, in de aanvaarding of verwerping van gronden van eis en verweer, in de vaststelling c.q. bewezen-verklaring van feiten en in de toepassing van rechtsgronden.<sup>541</sup> Partijen moeten kunnen zien dat recht is gedaan en dat hun argumenten daarbij zijn gehoord en gewogen.<sup>542</sup> De motivering dient de uitspraak aanvaardbaar te maken.<sup>543</sup>

In de tweede plaats stelt de motivering de hogere rechter in staat de door de lagere rechter gemaakte beoordeling en de daarop berustende beslissing te toetsen. Doordat controle op lagere uitspraken (in beginsel) mogelijk is, worden rechterlijke partijdigheid en willekeur tegen gegaan.<sup>544</sup>

Voorts dient de motivering van rechterlijke uitspraken als een waarborg voor deugdelijke rechtspraak.<sup>545</sup> Door te motiveren geeft de rechter zich rekenschap van de gronden voor zijn beslissing en is hij verplicht standpunten in te nemen en te formuleren over tussen partijen gerezen twistvragen. De kwaliteit van de rechtspraak wordt daardoor bevorderd.<sup>546</sup> Op deze wijze controleert de

---

<sup>538</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 563.

<sup>539</sup> Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 30, aant. 3.

<sup>540</sup> Asser-Vranken, nr. 217. Zie ook Vranken 1993, p. 231.

<sup>541</sup> Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 10.

<sup>542</sup> Lindijer 2006, nr. 310.

<sup>543</sup> Snijders c.s. heeft erop gewezen dat, los van het aanvaardbaar maken van de uitspraak, het ten opzichte van partijen, die veel kosten en tijd aan het proces en de adstructie van hun standpunt hebben besteed, ook wel zo zorgvuldig en elegant is om de beslissing uit te leggen. Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 40. Het aanvaardbaar maken van de beslissing is in de eerste plaats gericht op de partij die in de procedure aan het kortste eind heeft getrokken. De rechter zal zich dan ook moeten afvragen of hij zijn oordeel tegenover de verliezer kan verantwoorden. Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 264 en Ahsmann 2011, p. 30.

<sup>544</sup> Stein/Rueb 2007, p. 36, alsmede Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 40.

<sup>545</sup> Jongbloed 2011, p. 19 en Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 117.

<sup>546</sup> Meijknecht 2002, p. 70, alsmede Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 10.



rechter de juistheid van zijn (voorlopige) beslissingen en kan hij die zo nodig bijstellen.<sup>547</sup>

Motivering van vonnissen, arresten en beschikkingen dient bovendien de rechtsvorming en de rechtsontwikkeling. Zonder motivering van uitspraken is rechtsontwikkeling door jurisprudentie niet mogelijk.<sup>548</sup> Ook wordt de rechtseenheid bevorderd, omdat aan de hand van de motivering een verwachting kan worden gevormd hoe een rechtsregel uitgelegd of toegepast zal worden.<sup>549</sup> Indien een uitspraak niet behoorlijk is gemotiveerd, is het in het algemeen ondoenlijk, uitspraken in soortgelijke gevallen met het oog op de rechtseenheid daarop af te stemmen.<sup>550</sup> Door de motivering wordt duidelijk welke omstandigheden voor de beslissing relevant of zelfs doorslaggevend zijn en hoe abstracte rechtsregels in een concreet geval moeten worden toegepast en uitgewerkt in voor het concrete geval geldend recht.<sup>551</sup>

Een mooi voorbeeld in dit verband biedt het arrest Van de Grijp/Stam van 27 november 2009<sup>552</sup>, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de kantonrechtersformule niet kan dienen als maatstaf om de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag vast te stellen. Bij kennelijk onredelijk ontslag moet de rechter, zo overwoog de Hoge Raad onder meer, zich steeds nauwkeurig rekenschap geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen en dient hij daarvan in zijn beslissing ook verantwoording af te leggen op zodanige wijze dat voldoende inzicht wordt gegeven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid. Voor zover hier van belang vervolgde de Hoge Raad:

‘Hoewel de door het hof beoogde voorspelbaarheid van dit soort van frequent voorkomende beslissingen, mede in verband met de rechtszekerheid, een belangrijk gezichtspunt is, kan ook daarin niet een rechtvaardiging worden gevonden voor het hanteren van een zo globale maatstaf<sup>553</sup> dat afbreuk wordt gedaan aan de (...) aard van de vergoeding en de daarmee samenhangende wijze van begroting ervan. Uit het hiervoor overwogene volgt dat de voorspelbaarheid van beslissingen waarbij deze vergoeding wordt toegekend, in belangrijke mate afhankelijk is van het inzicht dat de rechter geeft in de wijze waarop deze beslissingen tot stand zijn gekomen, met name wat betreft de

<sup>547</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 40.

<sup>548</sup> Vgl. Stein/Rueb 2007, p. 36.

<sup>549</sup> Stein/Rueb 2007, p. 37.

<sup>550</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 40.

<sup>551</sup> Lindijer 2006, nr. 310.

<sup>552</sup> JAR 2009/305.

<sup>553</sup> Te weten de kantonrechtersformule.

factoren die bij de bepaling van de vergoeding een rol spelen. Daarbij is overigens denkbaar dat de rechters die over deze vergoedingen beslissen, een zekere mate van harmonisatie tot stand brengen door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zonder dat zij één bepaalde formule als vuistregel hanteren.’

Met de benoeming van verschillende functies van de motiveringsplicht<sup>554</sup> is echter nog niet gezegd wat die plicht precies inhoudt en hoever de rechter daarin moet gaan. Voor de beantwoording van deze vraag moeten we bij de rechtspraak te rade.

Naast de hierboven genoemde wetsartikelen, waarin de motiveringsplicht is vastgelegd, kan ook art. 6 EVRM worden genoemd. Hoewel de motiveringsplicht niet met zoveel woorden in dit artikel is genoemd,<sup>555</sup> wordt een dergelijke verplichting wel afgeleid uit het vereiste dat sprake moet zijn van een ‘fair trial’.<sup>556</sup> De rechtspraak van het EHRM geeft aanwijzingen voor de wijze waarop inhoud aan de motiveringsplicht moet worden gegeven. Zo overwoog het hof in de zaak Van de Hurk:<sup>557</sup>

‘Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument. Nor is the European Court called upon to examine whether arguments are adequately met.’

In twee andere zaken overwoog het hof, onder verwijzing naar bovengenoemde zaak, dat niet vereist is dat in de rechterlijke uitspraak op alle door partijen

<sup>554</sup> Kruijer heeft er nog op gewezen dat de rechter zelf ook een groot belang heeft bij een deugdelijke motivering, omdat, wanneer hij bijvoorbeeld in de pers of vakliteratuur ‘tot de orde wordt geroepen’ hij zijn motivering niet meer kan wijzigen, aanvullen of toelichten. Kruijer 2008, p. 186. Dreissen schreef in dit verband dat het niet de bedoeling is dat rechters buiten het vonnis om met anderen communiceren over de redenen die aan het specifieke oordeel ten grondslag hebben gelegen. Als dat dan niet de bedoeling is, dan dient het vonnis zelf alle informatie te bevatten, die het oordeel voor een ieder begrijpelijk maakt. Dreissen 2007, p. 81.

<sup>555</sup> Wesseling-van Gent 1985, p. 397 en Lindijer 2006, nr. 311.

<sup>556</sup> Het motiveringsbeginsel hangt samen met en vloeit voort uit het beginsel van openbaarheid van rechtspraak, aldus Hugenholtz/Heemskerk 2009, p. 9-10. De openbaarheid van rechtspraak is wel in art. 6 EVRM opgenomen, waarover Smits 2008, p. 157 e.v.

<sup>557</sup> EHRM 19 april 1994, serie A, vol 288, § 61. Zie ook NJ 1995, 462, m.nt. EAA.

relevant geachte argumenten en beschouwingen ter ondersteuning van hun stellingen wordt ingegaan.<sup>558</sup> Het hof voegde daaraan toe:

‘The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision. It is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submissions that a litigant may bring before the courts and the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments. That is why the question whether a court has failed to fulfil the obligation to state reasons, deriving from Article 6 of the Convention, can only be determined in the light of the circumstances of the case.’<sup>559</sup>

Dat het antwoord op de vraag hoever de op de rechter rustende motiveringsplicht gaat, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, volgt ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>560</sup> In zijn proefschrift heeft Lindijer beschreven dat tot die omstandigheden onder meer behoren het partijdebat dat aan de beslissing ten grondslag ligt, de aard van de procedure, de belangen van partijen bij toe- of afwijzing van de vordering of het verzoek en de vraag of de beslissing berust op waarderingen van feitelijke aard.<sup>561</sup>

Voor de vraag hoever de motiveringsplicht gaat, komt dus mede belang toe aan de aard van het recht dat in het geding is. Vranken heeft hierover in zijn eerste Asser-deel geschreven dat het aantasten of afnemen van rechten die de primaire levensbehoeften van mensen betreffen, zoals persoonlijke relaties, wonen, werk en inkomen, in het algemeen scherper luistert dan bijvoorbeeld de vraag of de bank een zekerheidsrecht kan uitwinnen of dat de fiscus bodembeslag kan leggen.<sup>562</sup> Daaruit vloeit voort dat wanneer het bijvoorbeeld om ontslagzaken gaat, een bij dat onderwerp passende motivering van de rechter mag worden verwacht, aangezien de beslissing van de rechter voor (één van) de betrokken partijen ingrijpende gevolgen kan hebben. Ook Korthals Altes heeft betoogd dat voor beslissingen die raken aan werknemersbelangen in het algemeen verzwaarde motiveringseisen gelden.<sup>563</sup> Zo wordt ten aanzien van de

---

<sup>558</sup> Vgl. Smits 2008, p. 147.

<sup>559</sup> EHRM 9 december 1994, serie A, vol 303-a, § 29 en EHRM 9 december 1994, serie A, vol 303-b, § 27 (zie ook NJ 1997, 20). Zie hierover Jongbloed 2011, p. 18.

<sup>560</sup> Vgl. HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659, m.nt. DWFV, in welk arrest de Hoge Raad het motiveringsbeginsel heeft gekwalificeerd als één van de ‘grondbeginselen van een goede procesorde’.

<sup>561</sup> Zie over de verschillende relevante omstandigheden ook Asser-Vranken, nr. 227 e.v.

<sup>562</sup> Asser-Vranken, nr. 228, alsmede Vranken 1993, p. 241.

<sup>563</sup> Korthals Altes 1993, p. 102.

beslissing van de rechter dat sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet wel bepleit dat op de rechter een ver(der)gaande plicht tot motiveren rust.<sup>564</sup> Als in een bepaald geval een verzwaarde motiveringsplicht voor de rechter wordt aangenomen, bijvoorbeeld in verband met het ingrijpende karakter van zijn beslissing, betekent dit dat hij bij zijn motivering meer in detail zal moeten treden, waarbij de vraag hoever de rechter daarbij moet gaan weer afhankelijk is van hetgeen partijen over en weer hebben gesteld en van hetgeen ten processe vaststaat.<sup>565</sup>

Een andere overweging die we tegenkomen in de rechtspraak van de Hoge Raad is dat de rechter niet gehouden is om op elk door partijen aangedragen argument afzonderlijk in te gaan.<sup>566</sup> Meermalen heeft de Hoge Raad overwogen dat niet vereist is dat de rechter steeds alle door een partij aangedragen stellingen uitdrukkelijk in de motivering betreft.<sup>567</sup> Wel moet de rechter ingaan op de zogenoemde essentiële stellingen van partijen, mits deze tijdig in de procedure naar voren zijn gebracht.<sup>568</sup> De rechter voldoet niet aan zijn motiveringsplicht als hij niet alle behoorlijk te zijner kennis gebrachte stellingen behandelt die voor zijn oordeel over de vordering of het verzoek essentieel zijn.<sup>569</sup> Dat betekent dat de rechter al die stellingen in de motivering van zijn beslissing moet betrekken, die bij gegrondbevinding tot een ander oordeel kunnen leiden dan het oordeel waartoe de rechter zou komen zonder die stellingen te

---

<sup>564</sup> Vgl. Sagel & Verhulp 2005, p. 103, alsmede Koevoets 2006, p. 188.

<sup>565</sup> Waarover Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 127. Zie, onder verwijzing naar HR 17 november 1989, NJ 1990, 134, ook Korthals Altes 1993, p. 102.

<sup>566</sup> Ekelmans heeft te dien aanzien naar voren gebracht dat dat ook logisch is; de rechter is er om te beslissen, niet om op iedere opmerking van partijen te reageren, noch om wetenschap te bedrijven, aldus Ekelmans 2008, p. 120.

<sup>567</sup> Zie voor enkele recente voorbeelden HR 22 februari 2013, RvdW 2013, 331, HR 12 april 2013, RvdW 2013, 589 en HR 12 april 2013, RvdW 2013, 590. Ahsmann schreef in dit verband dat de rechter niet hoeft aan te geven waarom overigens aangevoerde gronden hem minder overtuigend zijn voorgekomen dan de gegevens waarmee hij zijn oordeel heeft onderbouwd. De rechter moet wél duidelijk maken welke gedachtegang aan zijn oordeel ten grondslag ligt, waarbij hij moet aangeven welke feiten daarbij in aanmerking zijn genomen. Maar, zo vervolgde Ahsmann, de motiveringsplicht van de rechter gaat niet zo ver dat hij moet uitleggen waarom hij andere feiten/argumenten die tot een oordeel in andere zin zouden kunnen bijdragen hem niet tot andere gedachten hebben gebracht en waarom zij aan de bereikte slotsom niet afdoen. Ahsmann 2011, p. 194.

<sup>568</sup> Zie daarover Lindijer 2006, nr. 316, met verwijzingen naar rechtspraak. Zie in dit kader HR 22 februari 2002, NJ 2002, 260. Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin de rechter aan een essentiële stelling voorbij was gegaan HR 25 april 2012, RvdW 2012, 775.

<sup>569</sup> Zie, met verwijzing naar veel rechtspraak, Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 122.

beoordelen.<sup>570</sup> Stellingen die door partijen slechts terloops zijn betrokken of die door hen niet zijn uitgewerkt, hoewel een nadere uitwerking wel op de weg van de betrokken procespartij had gelegen, kunnen niet als essentieel worden aangemerkt,<sup>571</sup> zodat de rechter daar in zijn motivering ook niet op in hoeft te gaan. Partijen moeten de door hen relevant geachte stellingen dus wel voldoende doordringend aan de orde stellen.<sup>572</sup> Van Schaick heeft erop gewezen dat uit art. 30 Rv in negatieve zin volgt dat de rechter in zijn uitspraak niet hoeft in te gaan op stellingen die voor zijn beslissing *niet* van belang zijn.<sup>573</sup>

Soms is vereist dat de rechter er uitdrukkelijk blijk van geeft dat hij bij de beoordeling van het aan hem voorgelegde geschil de juiste maatstaf heeft aangelegd. Ik wijs in dit verband naar het arrest van de Hoge Raad van 23 maart 2007, waarin de zogenoemde Haviltex-formule aan de orde was. De Hoge Raad oordeelde:

‘Het hof behoefde weliswaar niet met zoveel woorden tot uitdrukking te brengen dat het bij zijn uitleg de Haviltexmaatstaf voor ogen heeft gehad aangezien dit laatste ook kan blijken uit zijn (verdere) overwegingen,<sup>574</sup> maar noch uit de bestreden rechtsoverweging noch uit de overige rechtsoverwegingen kan worden afgeleid dat het hof die maatstaf heeft gehanteerd. Het hof heeft derhalve hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn beslissing in het licht van het partijdebat omtrent de overgelegde correspondentie onvoldoende gemotiveerd.’<sup>575</sup>

Of de rechter zijn beslissing in een concreet geval afdoende heeft gemotiveerd moet worden getoetst aan de hand van het criterium dat de Hoge Raad formuleerde in (onder meer) zijn arrest van 17 november 2006.<sup>576</sup> De Hoge Raad overwoog dat rechterlijke beslissingen zodanig moeten worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden, de

---

<sup>570</sup> Bakels 2011, p. 294.

<sup>571</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 122, met verwijzing naar rechtspraak.

<sup>572</sup> Ekelmans 2008, p. 120.

<sup>573</sup> Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 97.

<sup>574</sup> Volgt verwijzing naar HR 6 maart 1998, NJ 1999, 113.

<sup>575</sup> NJ 2007, 175.

<sup>576</sup> NJ 2006, 621. Zie eerder ook HR 4 juni 1993, NJ 1995, 659 en HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7. Zie voor een tweetal recente voorbeelden HR 12 april 2013, RvdW 2013, 589 en HR 12 april 2013, RvdW 2013, 590.

hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.<sup>577</sup> Wat dit laatste aspect betreft, het aanvaardbaar maken van de uitspraak, wordt wel aangenomen dat het belangrijk is om in de motivering vooral rekening te houden met de verliezende partij. Deze moet in de beslissing haar stellingen kunnen terugvinden en moet in de verwerping ervan kunnen lezen dat de rechter daaraan voldoende aandacht heeft besteed.<sup>578</sup>

Een deugdelijke motivering vereist een nauwkeurige opsomming van de feiten waarop de beslissing is gebaseerd<sup>579</sup> en van de rechtsgronden die leiden tot aanvaarding of verwerping van de stellingen van de eisende of verwerende partij.<sup>580</sup> Daaruit volgt, zo hebben Van Mierlo en Van Dam-Lely beschreven, dat partijen invloed kunnen uitoefenen op de scherpte van de motivering, namelijk door het aanvoeren van concrete feiten en omstandigheden en door de juridische argumenten helder en volledig te verwoorden. Naarmate partijen slordiger zijn met de feiten en meer vertrouwen op het aanvullen van de rechtsgronden door de rechter, zal deze met minder motivering kunnen volstaan.<sup>581</sup> Hier is dus sprake van een wisselwerking.

Als de toepassing van een norm dwingt tot een afweging van omstandigheden, moet uit de uitspraak van de rechter blijken dat hij de relevante omstandigheden waarop een partij zich heeft beroepen, bij zijn beslissing heeft meegewogen.<sup>582</sup> Een rechterlijke uitspraak is onvoldoende gemotiveerd wanneer daarin niet voldoende inzicht wordt gegeven in de waardering van de verschillende relevante omstandigheden.<sup>583</sup> Overigens is ook denkbaar dat de motivering tekort schiet omdat de rechter bij zijn beoordeling diverse omstandigheden slechts afzonderlijk heeft beoordeeld in plaats van in

---

<sup>577</sup> Zie in gelijke zin HR 13 juli 2007, NJ 2007, 407, in welk arrest de Hoge Raad sprak van een grondbeginsel van behoorlijke rechtspleging.

<sup>578</sup> De Vries 2007, p. 57. De aanvaardbaarheid van de uitkomst voor partijen, met name uiteraard voor de in het ongelijk gestelde partij, wordt voor een groot deel bepaald door de kwaliteit van de motivering, aldus Stein/Rueb 2007, p. 36.

<sup>579</sup> Aldus ook Bakels 2011, p. 293. De rechter zal de relevante feiten met voldoende precisie moeten bepalen. Barendrecht heeft er in dit verband op gewezen dat dat problematisch kan zijn bij open normen, waaronder in beginsel vele omstandigheden relevant kunnen zijn. Barendrecht 1998, p. 30.

<sup>580</sup> Onder 'gronden' in de zin van art. 121 Gw moet namelijk worden begrepen enerzijds de rechtsregel(s) die de juridische norm(en) bevat(ten) waaraan het geval wordt getoetst en anderzijds de feiten van het geval. Vgl. Smith 2007, p. 58.

<sup>581</sup> Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011, nr. 563.

<sup>582</sup> Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011, nr. 97.

<sup>583</sup> Aldus Wesseling-van Gent 1985, p. 398, met verwijzing naar HR 14 februari 1964, NJ 1964, 289 en HR 8 april 1964, NJ 1965, 57.

samenhang.<sup>584</sup> Ook is onvoldoende indien de rechter slechts verwijst naar ‘de gegeven omstandigheden’ zonder aan te geven welke die omstandigheden zijn.<sup>585</sup>

Indien een rechterlijke uitspraak, wanneer dat wel had moeten, niet is gemotiveerd of indien er wel een motivering is, maar deze tekort schiet, levert dat een vormverzuim op, dat aanleiding kan geven tot cassatie, waarover nader in paragraaf 4.6.2.

#### **4.5.1 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi**

Gezichtspuntencatalogi benoemen feiten en omstandigheden die van belang (kunnen) zijn voor de beoordeling van het desbetreffende geschil. De rechter moet aan de hand van de door partijen naar voren gebrachte gezichtspunten tot een beoordeling van de zaak komen. De vraag rijst hoe dergelijke, op gezichtspuntencatalogi gebaseerde, beslissingen moeten worden gemotiveerd.

Net als bij andere uitspraken geldt ook hier dat de rechter voldoende inzicht moet geven in de aan de uitspraak ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden, onder wie de hogere rechter die (eventueel) over de zaak moet oordelen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Hoe moet een rechter dat doen wanneer verschillende gezichtspunten in de beoordeling moeten worden betrokken en tegen elkaar moeten worden afgewogen?

In de eerste plaats lijkt mij van belang dat de rechter, al dan niet onder verwijzing naar het desbetreffende arrest van de Hoge Raad, noemt aan de hand van welke maatstaf (lees: welke gezichtspuntencatalogus) hij de zaak heeft beoordeeld.<sup>586</sup> Hierboven is als voorbeeld een zaak genoemd waarin de Haviltex-formule speelde. Ook in de arbeidsrechtelijke rechtspraak wordt een dergelijk vereiste af en toe uitdrukkelijk gesteld. Ik wijs in dit verband op het arrest Van Hese/De Schelde, waarin is overwogen dat de rechter er blijk van moet geven de door de Hoge Raad geformuleerde (zeven) gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken. De rechter kan daarvan uitsluitend blijk geven door hier in de motivering van zijn uitspraak aandacht aan te besteden. Door de eis te stellen dat de rechter ingaat op bepaalde gezichtspunten, dwingt de Hoge Raad de rechter tot een uitvoerige motivering, zo heeft Bakels geschreven.<sup>587</sup>

<sup>584</sup> Vgl. HR 9 januari 2004, NJ 2004, 141.

<sup>585</sup> Zie bijvoorbeeld HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 224, m.nt. MMM en HR 21 juni 2002, NJ 2003, 690, m.nt. DA. Zie hierover ook Korthals Altes 1993, p. 94.

<sup>586</sup> Ik wijs op Ahsmann 2011, p. 197, waar is geschreven dat indien de norm verhelderend werkt, het raadzaam is die op te nemen.

<sup>587</sup> Bakels 2011, p. 296. Zie ook Ekelmans 2008, p. 121.

Ook indien door de Hoge Raad niet expliciet de eis wordt gesteld dat de rechter er blijk van moet geven de gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken, kan het aan te bevelen zijn dat daarvan toch melding wordt gemaakt. Dat kan door naar het relevante arrest van de Hoge Raad te verwijzen, maar ook door het in de uitspraak overnemen van de door de Hoge Raad geformuleerde lijst met relevante factoren. Dan is in ieder geval duidelijk welke maatstaf de (lagere) rechter heeft toegepast.

Hierboven is er voorts op gewezen dat de motivering van een rechterlijke beslissing tekort kan schieten indien de rechter, terwijl dat wel had gemoeten, de verschillende relevante omstandigheden niet in onderlinge samenhang, maar afzonderlijk, dus op zichzelf staand, heeft beoordeeld.<sup>588</sup> Indien de rechter een gezichtspuntencatalogus toepast, zullen de relevante feiten en omstandigheden, die in de procedure zijn komen vast te staan, steeds in onderlinge samenhang moeten worden beschouwd. In sommige arresten, zo beschreef ik in paragraaf 2.4.4, wordt dit vereiste ook met zoveel woorden gesteld. Aldaar heb ik ook opgemerkt dat deze voorwaarde van weinig waarde lijkt, aangezien het niet zo kan zijn dat gezichtspunten, waarbij de Hoge Raad niet heeft geoordeeld dat die in onderlinge samenhang moeten worden beoordeeld, op zichzelf en dus los van elkaar voor de beslissing van de zaak van belang kunnen zijn. Het gaat namelijk steeds om het totaalbeeld, waarbij vaak niet één gezichtspunt, maar meerdere relevante factoren tot een beslissing van de zaak moeten leiden. Die feiten en omstandigheden staan niet op zichzelf, maar hangen met elkaar samen, zodat zij ook steeds in onderlinge samenhang moeten worden gezien. Wanneer uit de motivering van de rechter blijkt dat dat niet is gebeurd, zal de conclusie zijn dat de rechter de door de Hoge Raad aangereikte maatstaf op een verkeerde wijze heeft toegepast. De lagere rechter kan dit voorkomen door er blijk van te geven dat de verschillende relevante gezichtspunten in onderlinge samenhang te hebben gezien. In dit verband is overigens van belang dat bij de toepassing van gezichtspuntencatalogi vaak belangen (bijvoorbeeld die van de werknemer tegenover die van de werkgever)

---

<sup>588</sup> Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 2004, NJ 2004, 141, waarin de Hoge Raad overwoog: 'In een geval als het onderhavige ligt het oordeel dat de rol die R. c.s. hebben gespeeld bij de totstandkoming van de koopovereenkomst, als misbruik van omstandigheden moet worden aangemerkt, zozeer voor de hand, dat het andersluidende oordeel van het hof aan hoge motiveringseisen dient te voldoen om begrijpelijk te zijn. Aan deze eisen voldoet het onderhavige arrest niet, reeds omdat het hof niet alle hiervoor in 3.5 aangehaalde omstandigheden van het geval in onderlinge samenhang heeft gezien, zoals het had behoren te doen, maar deze telkens op zichzelf heeft beoordeeld, zonder verband te leggen met de overige ter zake dienende omstandigheden van het geval. De motiveringsklacht van het onderdeel treft dus doel, hetgeen tot vernietiging van het arrest zal moeten leiden.'



moeten worden afgewogen. Het kan dan ook niet anders dan dat de feiten en omstandigheden die daarbij van belang zijn, ten opzichte van elkaar worden gewogen.

Hiermee hangt samen dat een rechterlijke uitspraak ook onvoldoende gemotiveerd kan zijn indien de rechter één bepaalde omstandigheid of slechts enkele factoren beslissend heeft geacht, terwijl zijn oordeel juist moest zijn gebaseerd op alle (relevante) omstandigheden van het geval. Zo overwoog de (belastingkamer van de) Hoge Raad in het arrest van 17 februari 2012,<sup>589</sup> dat het hof weliswaar heeft opgesomd welke omstandigheden het ten gunste van zijn oordeel van belang acht, maar dat zijn uitspraak er geen blijk van geeft dat rekening is gehouden met alle omstandigheden die de rechtsverhouding van partijen bepalen,<sup>590</sup> waaronder ook omstandigheden die in een andere richting wijzen. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid, dat wanneer alle omstandigheden van het geval van belang (kunnen) zijn, de rechter zich in zijn motivering niet mag beperken tot de hem welgevallige gezichtspunten, te weten die factoren die ‘passen’ bij zijn oordeel.

Overigens staat er niets aan in de weg dat de rechter op basis van enkele gezichtspunten een voorlopige conclusie heeft getrokken en die conclusie vervolgens toetst aan de hand van andere relevante omstandigheden, waarbij het dus mogelijk is dat de voorlopige conclusie wordt gehandhaafd. Ik wijs in dit verband op het arrest van de Hoge Raad van 15 februari 2008,<sup>591</sup> in welke zaak het cassatiemiddel zich onder meer richtte op de wijze waarop het hof zijn oordeel had gemotiveerd. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van deze klacht als volgt:

‘Op zichzelf terecht stelt het onderdeel dat het hof in dit verband alle ter zake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling diende te betrekken, maar het hof heeft dit niet miskend. De omstandigheid dat het hof in de desbetreffende overweging eerst een voorlopige conclusie heeft getrokken en vervolgens die conclusie nogmaals heeft getoetst met inachtneming van ook andere omstandigheden (...), betekent niet dat het de zojuist vermelde regel uit het oog heeft verloren.’

---

<sup>589</sup> ECLI:NL:HR:2012:BU8926.

<sup>590</sup> Het ging in die zaak om de vraag of tussen partijen sprake was van een arbeidsovereenkomst.

<sup>591</sup> JAR 2008/76.

Om de uitspraak controleerbaar en aanvaardbaar te maken, zal de rechter moeten ingaan op de essentiële stellingen van partijen.<sup>592</sup> Het gaat hier om de door partijen op de juiste wijze en tijdig naar voren gebrachte argumenten<sup>593</sup> die van belang zijn voor de door de rechter te nemen beslissing. De keerzijde hiervan is dat de rechter niet hoeft in te gaan op stellingen die voor zijn beslissing niet van belang zijn. Dat lijkt helder, maar is het voor wat betreft de toepassing van gezichtspuntencatalogi geenszins. Immers, wat zijn dan de relevante en wat zijn de niet relevante stellingen?

In paragraaf 2.4.1.1 is uiteengezet dat de Hoge Raad geen limitatieve gezichtspuntencatalogi formuleert. Indien dat wel het geval zou zijn, zou met de desbetreffende lijst de mogelijk relevante factoren zijn ingekaderd; de feiten en omstandigheden die in de lijst zijn genoemd zijn van belang voor de beslissing van de rechter, alle overige factoren zijn dat niet. Echter, het gegeven dat gezichtspuntencatalogi niet limitatief zijn, brengt met zich dat (in theorie) alle denkbare feiten en omstandigheden van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak door de rechter. Moet de rechter bij toepassing van gezichtspuntencatalogi dan toch, anders dan uit de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad voortvloeit, ingaan op alle door partijen ingenomen stellingen? Dat nu is ook weer niet het geval. Partijen zullen de door hen relevant geachte factoren duidelijk en tijdig aan de rechter moeten presenteren, waarbij ook de eis kan

---

<sup>592</sup> Doet de (appel)rechter dat niet, dan is de kans aanwezig dat de Hoge Raad de uitspraak vernietigt omdat 'het hof hetzij blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij niet aan zijn motiveringsplicht heeft voldaan.' Zie voor een voorbeeld HR 12 mei 2000, NJ 2000, 412, alsmede HR 22 februari 2002, NJ 2002, 260. In dit laatste arrest overwoog de Hoge Raad: 'De vraag wanneer – naar luid van art. 7:681 lid 2, aanhef en onder b, BW – mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging, dient te worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Door in rov. 4.4 slechts aandacht te besteden aan de vraag of [eiser] voor [verweerder] een afvloeiingsregeling heeft getroffen en de financiële mogelijkheden daartoe van [eiser], heeft de Rechtbank derhalve hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te miskennen dat zij alle omstandigheden in haar oordeelsvorming had moeten betrekken hetzij haar in 3.4 gegeven oordeel ontoereikend gemotiveerd door niet in te gaan op de door [verweerder] aangevoerde omstandigheden. De hierop gerichte klachten van het middel zijn gegrond.'

<sup>593</sup> Dat de rechter niet gehouden is om rekening te houden met andere factoren dan door partijen naar voren gebracht kan worden afgeleid uit de conclusie van A-G Wissink voor de beschikking van de Hoge Raad van 3 september 2010, RFR 2010/122. De A-G overwoog zowel in onderdeel 3.14.2 als in onderdeel 3.22 van zijn conclusie, dat de rechter niet verplicht is bij zijn uitleg (van in casu huwelijksvoorwaarden) andere dan de door partijen over en weer naar voren gebrachte gezichtspunten in zijn overweging te betrekken.

worden gesteld dat partijen aangeven waarom die factor relevant is voor de door de rechter te nemen beslissing. Tenzij evident is dat een bepaald feit of een bepaalde omstandigheid in de verste verte niet van belang is en ook niet kan zijn voor de beoordeling, zal de rechter daar niet op hoeven in te gaan. Als bijvoorbeeld in een zaak waarin het gaat om de vraag of bij schending door de werknemer van binnen de onderneming geldende veiligheidsvoorschriften, sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, door de werknemer naar voren wordt gebracht dat het ontslag geen stand kan houden, omdat hij dol is op slagroomtaart, begrijpt iedereen dat dit een – voor de te maken beoordeling – nietszeggende omstandigheid is. Maar uit het feit dat ook buiten een bepaalde catalogus van gezichtspunten vallende factoren van belang kunnen zijn, volgt dat de rechter niet (te) snel zal mogen aannemen dat een bepaald feit of een bepaalde omstandigheid niet van belang is.

Ik wijs in dit verband op de conclusie van A-G Wissink voor het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2010,<sup>594</sup> dat gaat over de vraag of een asbestclaim al dan niet was verjaard. In dat verband is tevens het arrest Van Hese/De Schelde (waarover uitgebreid in het volgende hoofdstuk) van belang, waarin de Hoge Raad zeven imperatieve gezichtspunten formuleerde. In de zaak waarin Wissink concludeerde was buiten deze gezichtspunten om nog een viertal andere factoren naar voren gebracht, waarop het hof echter niet was ingegaan. De A-G overwoog naar aanleiding van de hierop gebaseerde cassatieklacht, dat de vraag of toepassing van de absolute verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, volgens het arrest Van Hese/De Schelde moet worden beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. De rechter moet er daarbij blijk van geven de zeven gezichtspunten van dat arrest in zijn beoordeling te hebben betrokken. In casu, zo vervolgde de A-G, gaat het om vier omstandigheden waarop eiseressen zich hebben beroepen, aanvullend aan de zeven gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde. Ten aanzien van dergelijke ‘aanvullende gezichtspunten’ volgt uit dat arrest niet dat de rechter steeds verplicht is daarop in te gaan. Volgens A-G Wissink geldt hier dan ook de hoofdregel, dat de rechter niet op alle stellingen afzonderlijk hoeft in te gaan, maar wel moet responderen op essentiële stellingen. Het ligt, zo lijkt mij, dan ook op de weg van partijen om de door hen genoemde overige gezichtspunten dusdanig in te kleden dat de rechter daar moeilijk omheen kan. Want al eerder kwam aan de orde, dat het feit dat een bepaalde beslissing genomen moet worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval, zeker niet betekent dat andere dan de door de Hoge Raad

---

<sup>594</sup> RvdW 2010, 1412.

genoemde gezichtspunten niet van belang, of per definitie van minder gewicht, zullen zijn.

De zaak waarin A-G Wissink had geconcludeerd werd door de Hoge Raad afgedaan op basis van art. 81 RO. Soms echter wordt het hofarrest wel vernietigd omdat het hof zijn uitspraak onvoldoende heeft gemotiveerd doordat niet alle relevante omstandigheden in de beoordeling zijn betrokken. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van de Hoge Raad van 29 april 2011.<sup>595</sup> In deze procedure had het hof zijn oordeel gebaseerd op enkele omstandigheden, die het doorslaggevend achtte. Aldus had het hof, zo oordeelde de Hoge Raad, niet alle relevante omstandigheden in zijn beoordeling betrokken, waarbij de Hoge Raad opsomde op welke factoren het hof niet was ingegaan.

Vernietiging kan ook aan de orde zijn indien de rechter niet duidelijk heeft gemaakt op welke manier hij de verschillende (door partijen naar voren gebrachte) gezichtspunten in zijn beoordeling heeft betrokken. Een dergelijk geval was aan de orde in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van de Hoge Raad van 12 mei 2000.<sup>596</sup> In die kwestie ging het om de vraag of het beroep op een exoneratiebeding in strijd was met de redelijkheid en billijkheid, in welk verband de gezichtspunten uit het arrest Saladin/HBU uit 1967 van belang zijn.<sup>597</sup> Waar het hier om gaat is dat de Hoge Raad tot het oordeel kwam dat uit de motivering van het hof niet blijkt of en op welke wijze het rekening heeft gehouden met de aangevoerde relevante omstandigheden.

In verschillende uitspraken van de Hoge Raad lezen we de overweging dat het hof niet ‘kenbaar’ is ingegaan op de verschillende aangevoerde stellingen die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de voorliggende zaak.<sup>598</sup> Waar verschillende gezichtspunten tegen elkaar moeten worden afgewogen, zal ook inzicht moeten worden geboden in de gemaakte afweging. De rechter zal daadwerkelijk inzicht moeten geven in de wijze waarop hij de argumenten heeft gewogen.<sup>599</sup> Zo overwoog de Hoge Raad bijvoorbeeld in zijn arrest van

---

<sup>595</sup> NJ 2011, 406, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

<sup>596</sup> NJ 2000, 412.

<sup>597</sup> Zie daarvoor paragraaf 2.2.2.

<sup>598</sup> Zie bijvoorbeeld HR 24 september 2004, NJ 2008, 587, m.nt. C.E. du Perron (arrest nummer 17 in paragraaf 2.3.1) en HR 14 oktober 2011, NJ 2012, 110, m.nt. P. van Schilfgaarde. Vgl. ook HR 13 januari 2012, JAR 2012/53, waarin de Hoge Raad overwoog dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is, nu het essentiële stellingen van één van de partijen niet in zijn oordeel heeft betrokken.

<sup>599</sup> Sagel 2013, p. 256. Zie – in het kader van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid – ook Bakker 2013, p. 177.

22 februari 2002<sup>600</sup> (een ontslag op staande voet-zaak), dat de rechtbank had nagelaten ervan blijk te geven dat zij de vereiste afweging had gemaakt, in het bijzonder voor wat betreft de uitdrukkelijk door de werknemer naar voren gebrachte omstandigheden.<sup>601</sup>

Ten aanzien van sommige rechterlijke beslissingen wordt wel betoogd dat zij moeilijk anders dan globaal kunnen worden gemotiveerd, omdat zij rusten op een – veelal intuïtieve – waardering van een aantal factoren, waarbij het niet goed mogelijk is om de relatieve waarde van elk van die factoren aan te geven. In dit kader wordt wel gewezen op het vaststellen van het percentage eigen schuld ex art. 6:101 BW, de waardering van voor goede trouw relevante omstandigheden en de afweging van belangen.<sup>602</sup> In dergelijke gevallen hoeft de rechter zijn beslissing slechts globaal te motiveren.<sup>603</sup> Wanneer de gegeven voorbeelden worden bekeken, zou betoogd kunnen worden dat deze globale motiverings-verplichting ook geldt voor de toepassing van gezichtspuntencatalogi. Ook daar gaat het (vaak) om de afweging van belangen en om het wegen van verschillende relevante omstandigheden. Toch kan mijns inziens niet worden aanvaard dat rechterlijke beslissingen, die zijn gebaseerd op een door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogus, slechts globaal hoeven te worden gemotiveerd. In de regel wordt daarmee namelijk niet voldaan aan het door de Hoge Raad gestelde vereiste dat de rechter voldoende inzicht moet geven in de aan de uitspraak ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Het is deze maatstaf waaraan de rechterlijke motivering steeds moet worden getoetst. Dat betekent dat de rechter zich er niet vanaf kan maken met de ‘toverformule’ dat hij gelet op de omstandigheden van het geval tot een bepaalde beslissing is gekomen.<sup>604</sup> De feitenrechter zal moeten trachten om zijn waardering van de feiten en

---

<sup>600</sup> JAR 2002/81.

<sup>601</sup> Wel een erg fraai voorbeeld van de motivering van de gemaakte afweging van diverse relevante factoren biedt Hof Arnhem 27 september 2005, NJF 2006, 88 (r.o. 2.5).

<sup>602</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 125. Zie ook Korthals Altes 1993, p. 101. Voor een voorbeeld wijs ik op HR 24 september 2004, NJ 2004, 466. De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat, zowel de met toepassing van art. 6:101 BW te verrichten causaliteitsafweging als de eventuele toepassing van de billijkheidscorrectie aan de hand van de omstandigheden van het geval, met waarderingen van feitelijke aard is verweven en in belangrijke mate op intuïtieve inzichten berust, zodat voor de desbetreffende oordelen slechts in beperkte mate motiveringseisen kunnen worden gesteld.

<sup>603</sup> Bakels 2011, p. 295.

<sup>604</sup> Zie hierover Duk 2004a, p. 167.

omstandigheden goed te motiveren en inzichtelijk te maken.<sup>605</sup> Vanuit dat oogpunt lijkt het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 24 maart 2010 onvoldoende gemotiveerd. In die zaak was sprake van lichamelijk letsel door een in een showroom van een groothandel omgevallen grafsteen. De rechtbank oordeelde dat de groothandel niet aansprakelijk was, omdat het door hem genomen risico zeer beperkt is en hij zijn bezoekers niet heeft blootgesteld aan een groter risico dan waarop een normaal mens bedacht moet zijn. De rechtbank voegde daaraan toe dat de overige (Kelderluik-)criteria geen bespreking behoeven, nu de daaruit voortvloeiende conclusies niet aan het aansprakelijkheidsoordeel kunnen afdoen. De vraag rijst natuurlijk onmiddellijk waarom dat (niet) zo is. Dat blijkt echter niet uit het vonnis.

Zoals is aangegeven wordt van de rechter soms een verdergaande motivering gevergd dan in beginsel is voorgeschreven. De aard van de procedure en de belangen die in het geding zijn, kunnen daarbij een rol spelen. Het oordeel van de rechter in arbeidsrechtelijke kwesties, met name bij ontslagzaken, heeft doorgaans een (zeer) ingrijpend karakter, vaak met name voor de werknemer. Bij wijze van voorbeeld noem ik het arrest van de Hoge Raad van 9 februari 1990,<sup>606</sup> waarin werd overwogen dat het oordeel van de rechtbank omtrent het bewijs zonder nadere redengeving niet begrijpelijk is, zulks mede in het licht van de eisen die aan de motivering van een oordeel als het onderhavige moeten worden gesteld in verband met de ingrijpende gevolgen die ontslag tijdens de proeftijd voor de werknemer heeft, nu de gewone wettelijke regels betreffende ontslag, gericht op bescherming van de werknemer, bij een zodanig ontslag niet gelden. Ik wijs in dit verband voorts op Sagel en Verhulp, die voor wat betreft het ontslag op staande voet strenge eisen aan de motivering stellen. Zij schreven:

‘In de eerste plaats zou de strenge rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de motivering van de dringende reden ertoe moeten leiden dat de lagere rechters hun beslissingen rond de dringende reden daadwerkelijk (gaan) voorzien van een uitvoerige motivering die inzichtelijk maakt op welke wijze de verschillende aspecten en belangen die bij een ontslag zijn betrokken, worden gewogen. Dat maakt niet alleen de aanvaardbaarheid van de beslissing groter – ook wanneer deze in het nadeel van de werknemer uitvalt – maar draagt met name ook bij aan een grotere voorspelbaarheid van opvolgende beslissingen. Als rechters goed motiveren hoe “verzachtend” respectievelijk “verzwarend” bepaalde als “verzachtende” respectievelijk “verzwarende”

---

<sup>605</sup> Memelink 2009, p. 68.

<sup>606</sup> NJ 1991, 146, m.nt. PAS.

omstandigheden aangevoerde feiten door de rechter worden getaxeerd en hoeveel gewicht de verschillende omstandigheden in de weegschaal leggen, zal dat de voorspelbaarheid van de dringende reden in volgende gevallen alleen maar vergroten.<sup>607</sup>

In paragraaf 2.7.2 heb ik beschreven dat er in de literatuur wel op wordt gewezen dat rechterlijke uitspraken waarin met door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogi wordt gewerkt vaak niet deugdelijk gemotiveerd zijn. Reeds in 1995 schreef Vranken dat het in de huidige rechtspraak niet zo is, dat de rechter openlijk wikt en weegt.<sup>608</sup> De vraag rijst of dit beeld ook uit de door mij onderzochte (lagere) uitspraken naar voren komt en of de motiveringen van deze uitspraken (in voldoende mate) inzicht bieden in de gedachtegang van de rechter. Ik verwijs daarvoor naar de paragrafen 5.5 en 6.5.

#### 4.6 Toetsing in cassatie

In deze paragraaf zal het (gewone) rechtsmiddel cassatie worden besproken. Daarbij zal ik in het bijzonder aandacht besteden aan de toetsing door de Hoge Raad en minder aan de cassatieprocedure an sich, omdat met name het eerste aspect van belang is voor de toepassing van gezichtspuntencatalogi.

##### 4.6.1 Procedurele beperkingen aan de toetsing in cassatie

In beginsel kan, nadat het gerechtshof in hoger beroep (eind)uitspraak heeft gedaan, van de beschikking of het arrest van het hof beroep in cassatie worden ingesteld bij de Hoge Raad, zo volgt uit art. 78 lid 1 RO.<sup>609</sup> In sommige gevallen, waarin appel is uitgesloten, kan men onmiddellijk na de procedure bij de rechtbank in cassatie.<sup>610</sup>

De procedure bij de Hoge Raad is uitdrukkelijk niet bedoeld als derde instantie.<sup>611</sup> De Hoge Raad zal de voorliggende zaak, anders dan in hoger beroep in beginsel wel het geval is,<sup>612</sup> niet opnieuw behandelen. De Hoge Raad beoordeelt niet de *zaak*, maar de aan hem voorgelegde *uitspraak*,<sup>613</sup> met

<sup>607</sup> Sagel & Verhulp 2005, p. 105-106.

<sup>608</sup> Asser-Vranken, nr. 247.

<sup>609</sup> Zie voor uitzonderingen onder andere Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 429 e.v.

<sup>610</sup> Art. 78 lid 5 RO en art. 398 Rv.

<sup>611</sup> Vgl. Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 79 RO, aant. 10 en Memelink 2009, p. 48.

<sup>612</sup> Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 157.

<sup>613</sup> Asser 2011b, p. 13. In zijn conclusie voor HR 19 oktober 2012, JAR 2012/293, schreef A-G Spier dat de klachten in wezen vragen om een herbeoordeling van de vraag of sprake is van een valse reden (in de zin van art. 7:681 lid 2 sub a BW). Dat echter, zo schreef Spier, gaat de taak van de cassatierechter te buiten. In zijn conclusie voor HR

uitzondering van het geval waarin de Hoge Raad de zaak, na cassatie, zelf afdoet, waarover meer in paragraaf 4.6.3.

De wet legt de Hoge Raad diverse beperkingen op bij de toetsing in cassatie. In de eerste plaats kan de Hoge Raad een uitspraak van de lagere rechter uitsluitend casseren op grond van in de cassatiedagvaarding<sup>614</sup> genoemde cassatiemiddelen,<sup>615</sup> zo bepaalt art. 419 lid 1 Rv. Deze middelen bepalen de omvang van het cassatieberoep.<sup>616</sup> Een beslissing die in cassatie niet wordt bestreden, zal door de Hoge Raad niet (kunnen) worden beoordeeld. Beslissingen waartegen wel een middel is gericht worden slechts getoetst aan de hand van in het middel geformuleerde klachten.<sup>617</sup>

Daar komt bij dat de feitelijke grondslag van de middelen alleen kan worden gevonden in de bestreden uitspraak en in de stukken van het geding, zo volgt uit art. 419 lid 2 Rv. Dat betekent dat de feiten waarop een in een cassatiemiddel verwoorde klacht is gebaseerd altijd in het procesdossier te vinden moeten zijn.<sup>618</sup>

Verder is van belang dat de Hoge Raad gebonden is aan de feiten zoals die in de bestreden uitspraak zijn vastgesteld. Dat volgt uit art. 419 lid 3 Rv.<sup>619</sup> Voor zover partijen in cassatie een beroep willen doen op niet door de (lagere) rechter vastgestelde feiten, kan dat alleen voor zover het gaat om feiten die reeds in eerdere processtukken zijn aangevoerd (art. 419 lid 2 Rv). Zowel partijen als de Hoge Raad zijn aangewezen op de inhoud van het procesdossier in feitelijke aanleg.<sup>620</sup> Bij de Hoge Raad hoeven partijen dus niet met nieuwe feitelijke stellingen aan te komen.<sup>621</sup> Men spreekt in dat geval van ontoelaatbare nova.<sup>622</sup>

---

19 oktober 2012, JAR 2012, 296, schreef A-G Spier dat de Hoge Raad geen feitenrechter is.

<sup>614</sup> Of in geval van incidenteel beroep in de conclusie van antwoord in cassatie (art. 410 lid 1 Rv). Zie over het instellen van incidenteel cassatieberoep onder andere Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 410, aant. 1, Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 148 e.v. en Asser 2011b, p. 106 e.v.

<sup>615</sup> Art. 407 lid 2 Rv schrijft voor dat de cassatiedagvaarding de cassatiemiddelen dient te bevatten. Dat is anders bij de appeldagvaarding, die geen grieven hoeft te bevatten (art. 343 Rv). Die worden doorgaans (pas) bij memorie van grieven geformuleerd. Zie met betrekking tot de eisen waaraan cassatiemiddelen in geval van een motiveringsklacht respectievelijk een rechtsklacht moeten voldoen HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0828.

<sup>616</sup> Stein/Rueb 2007, p. 237.

<sup>617</sup> Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 439.

<sup>618</sup> Van de Oever 1993, p. 64.

<sup>619</sup> De Bock heeft in haar proefschrift beschreven dat de civiele procedure ten aanzien van de (vaststelling van de) feiten als een soort trechter werkt. Zie De Bock 2011, p. 145.

<sup>620</sup> Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 428.

<sup>621</sup> De Groot heeft in dit verband geschreven dat lacunes in de feitenvaststelling in hoger beroep tot gevolg kunnen hebben dat in cassatie geen recht kan worden gedaan aan de



Maar indien de lagere rechter niet is toegekomen aan de vaststelling van bepaalde, wel aangevoerde, feiten, die in cassatie als feitelijke grondslag voor de beoordeling van de middelen van belang blijken te zijn, mag de Hoge Raad wel de processtukken, waarin die feiten naar voren zijn gebracht, raadplegen.<sup>623</sup>

#### 4.6.2 Cassatiegronden

De twee gronden op basis waarvan de Hoge Raad een uitspraak kan casseren zijn genoemd in art. 79 RO.<sup>624</sup> Het gaat, kort gezegd, om schending van het recht en verzuim van vormen.<sup>625</sup> Ook hierin is een aanzienlijke beperking van de procedure in cassatie gelegen. Ten aanzien van vonnissen van de kantonrechter, waartegen geen hoger beroep is toegelaten, zijn de cassatiegronden nog beperkter.<sup>626</sup>

De Hoge Raad kan tot cassatie overgaan indien de lagere rechter het recht heeft geschonden. Het gaat daarbij om recht in de zin van art. 79 RO,<sup>627</sup> dat zowel geschreven als ongeschreven kan zijn. In het kader van de toetsing in cassatie is van belang erop te wijzen dat onder het ongeschreven recht ook de rechtsregels die de Hoge Raad zelf heeft ontwikkeld dienen te worden begrepen. Het gaat hier, zo schreef Asser, bijvoorbeeld om de geformuleerde rechtsregels in het kader van de toepassing van open normen als de zorgvuldigheidsnorm in

---

werkelijkheid in het geschil van partijen. In het rechtsoordeel in cassatie kunnen namelijk geen nieuwe of andere feiten worden betrokken dan de feiten die door de lagere rechter zijn vastgesteld. Zie De Groot 2012, p. 75.

<sup>622</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 276. Nieuwe juridische stellingen (juridische nova) mogen in cassatie wel voor het eerst worden opgeworpen. Vgl. Asser 2011b, p. 43. Van een ontoelaatbaar novum was bijvoorbeeld sprake in HR 21 december 2012, JAR 2013/34.

<sup>623</sup> Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 166.

<sup>624</sup> Dit artikel heeft een plek gekregen in de 'Canon van het recht'. Zie Asser 2010, p. 151-153.

<sup>625</sup> Zie in dit verband ook art. 118 lid 2 Gw, waaruit volgt dat de Hoge Raad in de gevallen en binnen de grenzen bij de wet bepaald, belast is met de cassatie van rechterlijke uitspraken wegens schending van het recht.

<sup>626</sup> Art. 80 RO. Zie hierover Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 272, Stein/Rueb 2007, p. 237 en Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 159, met verwijzing naar HR 16 maart 2007, NJ 2007, 637, m.nt. HJS, waarin de Hoge Raad de toetsing in cassatie op grond van art. 80 RO heeft verruimd, waardoor ook cassatie mogelijk is in geval van schending van het beginsel van hoor en wederhoor en het 'equality of arms-beginsel'.

<sup>627</sup> Lange tijd kon een uitspraak van de lagere rechter slechts worden bestreden wegens schending van de *wet*. In 1963 (wet van 20 juni 1963, Stb. 1963, 272) is deze cassatiegrond verruimd. Sindsdien kan een uitspraak van een lagere rechter worden aangevochten wegens schending van het *recht*. Zie hierover Asser 2011b, p. 15, alsmede Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 79 RO, aant. 1.

het onrechtmatige daadsrecht, de redelijkheid en billijkheid of de goede procesorde.<sup>628</sup>

De tweede cassatiegrond is verzuim van vormen voor zover, zo bepaalt art. 79 aanhef en sub a RO, de niet-inachtneming daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm. Het type vormverzuim waarop in cassatieprocedures het meest beroep wordt gedaan betreft schending van de motiveringsplicht.<sup>629</sup> Dat de motiveringsplicht op straffe van nietigheid in acht moet worden genomen, volgt uit art. 5 lid 1 RO.<sup>630</sup>

Het feit dat de Hoge Raad de motivering van de lagere rechter controleert brengt met zich dat de mate waarin de Hoge Raad eisen stelt aan die motivering bepalend is voor de wijze waarop de motiveringsplicht in de praktijk gestalte krijgt. Is de Hoge Raad streng dan dwingt hij de feitenrechter tot een grotere nauwkeurigheid, zorgvuldigheid en openheid, dan wanneer hij zich toleranter toont, zo schreef Vranken.<sup>631</sup> Ook Duk heeft erop gewezen dat de Hoge Raad 'inhoudelijker' kan toetsen door hogere eisen aan de motivering van de feitenrechter te stellen.<sup>632</sup>

Uiteraard dient ook de Hoge Raad zelf zijn uitspraken van een motivering te voorzien.<sup>633</sup> Naar het oordeel van Vranken is er reden om die motivering aan andere maatstaven te meten dan die van lagere instanties. Zo mag volgens Vranken in zaken waarin het inslaan van nieuwe of nog niet eerder begane wegen aan de orde is, meer van de Hoge Raad worden verwacht dan van andere rechtscolleges, aangezien de Hoge Raad bij uitstek belast is met de zorg voor het bevorderen van de rechtsontwikkeling. Dat veronderstelt dat de Hoge Raad die leiding op zich neemt en de richting aangeeft. Ten aanzien van de Hoge Raad geldt dus dat motiveren meer is dan het verantwoorden van de

---

<sup>628</sup> Asser 2011b, p. 42.

<sup>629</sup> Vgl. Stein/Rueb 2007, p. 237 en Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 159. Zie over de motiveringsplicht nader paragraaf 4.5. Zie voor voorbeelden van andere vormverzuimen Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 274.

<sup>630</sup> Asser heeft erop gewezen dat schending van essentiële vormvoorschriften, waaronder het motiveringsbeginsel ook een rechtsschending oplevert (zie ook Van de Oever 1993, p. 64), zodat het onderscheid tussen de twee in art. 79 RO genoemde cassatiegronden geen functie heeft. Vgl. Asser 2011b, p. 46. Korthals Altes heeft in dit verband geschreven dat de Hoge Raad het belangrijkste vormvereiste, de motiveringseis, heeft uitgebouwd tot een marginale controle van feitelijke en deels feitelijke beslissingen op hun inhoudelijke juistheid, waardoor de motiveringseis niet langer als een vormvereiste kan worden beschouwd (Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 79 RO, aant. 8 en 9).

<sup>631</sup> Asser-Vranken, nr. 234.

<sup>632</sup> Duk 2002, p. 14.

<sup>633</sup> Asser 2011, p. 115.

gekozen beslissing.<sup>634</sup> Ook Martens heeft erop gewezen dat vooral het leiding geven aan de rechtsontwikkeling bijzondere eisen stelt aan de motivering van uitspraken van de Hoge Raad, teneinde voor hen die met de nieuwe of gepreciseerde normen moeten werken, waaronder in de eerste plaats de lagere rechter en de advocatuur, zoveel mogelijk duidelijkheid te scheppen.<sup>635</sup>

Voor de vraag hoever de toetsing door de Hoge Raad kan gaan, is van belang een onderscheid te maken tussen rechtsbeslissingen, feitelijke beslissingen en gemengde beslissingen.<sup>636</sup> Ik zal dit onderscheid kort uitwerken.

### *Rechtsbeslissingen*

Een rechtsbeslissing is een beslissing waarbij de rechter de inhoud en betekenis van een rechtsregel of rechtsbeginsel in algemene zin<sup>637</sup> (nader) bepaalt.<sup>638</sup> Het gaat hier om beslissingen met betrekking tot recht in de zin van art. 79 RO, zoals de uitleg van een wettelijke bepaling of de inhoud en reikwijdte van een wettelijk begrip in algemene zin.<sup>639</sup> Rechtsbeslissingen kunnen uitsluitend met rechtsklachten en niet met motiveringsklachten<sup>640</sup> worden aangevochten. Zuivere rechtsbeslissingen hoeven niet te worden gemotiveerd;<sup>641</sup> zij zijn juist of onjuist.<sup>642</sup>

### *Feitelijke beslissingen*

Uit art. 79 RO, dat schending van het recht als cassatiegrond noemt, volgt dat tegen feitelijke beslissingen niet kan worden opgekomen.<sup>643</sup> Een feitelijke beslissing is een oordeel dat bestaat uit de vaststelling van feiten door de lagere

---

<sup>634</sup> Vranken 1993, p. 242 en 243.

<sup>635</sup> Martens 1993, p. 137, 138 en 141.

<sup>636</sup> Zie over dit onderscheid ook Sagel 2013, p. 228.

<sup>637</sup> Waarmee wordt bedoeld: zonder dat de rechter zich uitlaat over de vraag of de aldus geïnterpreteerde regel al dan niet op de gegeven feiten van toepassing is. Vgl. Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 79 RO, aant. 6.

<sup>638</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 273. Zie ook Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 100.

<sup>639</sup> Asser 2011b, p. 50.

<sup>640</sup> Dat een rechtsbeslissing niet met een motiveringsklacht kan worden aangevochten bevestigde de Hoge Raad in zijn arrest van 23 april 2004, NJ 2004, 373.

<sup>641</sup> Stein/Rueb 2007, p. 236. Korthals Altes heeft erop gewezen dat dit zich niet laat rijmen met de gedachte dat de motivering van een rechterlijke uitspraak niet alleen is bedoeld om beoordeling door de hogere rechter mogelijk te maken, maar in de eerste plaats om de beslissing tegenover partijen en de samenleving als geheel vatbaar voor verificatie en aanvaardbaar te maken. Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 79 RO, aant. 9.

<sup>642</sup> Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 166.

<sup>643</sup> Asser 2011b, p. 13.

rechter, zonder dat tegelijkertijd sprake is van een rechtsbeslissing.<sup>644</sup> Het gaat er dan om wat er op een bepaald moment is gebeurd, gedaan, gezegd of geschreven.<sup>645</sup> Ook de waardering van de feiten valt hieronder.<sup>646</sup> In cassatie kan uitsluitend aan de hand van een motiveringsklacht tegen een feitelijk oordeel worden opgekomen. Dergelijke beslissingen hoeven namelijk niet juist te zijn, maar moeten wel toereikend zijn gemotiveerd.<sup>647</sup>

### *Gemengde beslissingen*

Maar wat nu indien sprake is van een beslissing van de lagere rechter, die zowel kenmerken van een feitelijke beslissing als van een rechtsbeslissing in zich heeft? In dit verband wordt gesproken van gemengde beslissingen.<sup>648</sup> Hierbij kan worden gedacht aan een slechts beperkt generaliseerbare invulling door de lagere rechter van een vage norm aan de hand van een bepaald feitencomplex.<sup>649</sup> Het gaat hier vaak om normen met een open profiel,<sup>650</sup> waarbij het rechtsgevolg afhankelijk is van een weging van de omstandigheden van het concrete geval.<sup>651</sup>

<sup>644</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 273 en Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 90.

<sup>645</sup> Barendrecht 1998, p. 24.

<sup>646</sup> Vgl. HR 19 april 2002, NJ 2002, 458.

<sup>647</sup> Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 441 en Sagel 2012, p. 7. Zie over de motivering van rechterlijke uitspraken nader paragraaf 4.5.

<sup>648</sup> Asser heeft erop gewezen dat bij gemengde beslissingen, net als bij andere mengsels, de onderlinge sterkteverhouding kan variëren. In het ene geval ligt de nadruk op het juridische karakter, in het andere geval op het feitelijke karakter. Van dit laatste is bijvoorbeeld sprake als de beoordeling afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, zoals bij kwalificatiebeslissingen in het geval van vage normen en rechtsbegrippen, zoals de 'dringende reden' in art. 7:677 BW. Ten aanzien van dergelijke beslissingen wordt doorgaans meer beoordelingsruimte aan de lagere rechter gelaten dan ten aanzien van beslissingen waarin het rechtskarakter prominenter aanwezig is, zoals bijvoorbeeld bij de kwalificatie van 'hulpverlener' in de zin van art. 7:446 lid 1 BW. De inhoud van dit begrip is in deze bepaling tamelijk nauwkeurig omschreven, zodat de rechter veel minder vrijheid heeft bij de kwalificatie. Vgl. Asser 2011b, p. 51.

<sup>649</sup> Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 273.

<sup>650</sup> Dit in tegenstelling tot normen met een klassiek profiel, die zonder weging van de omstandigheden van het geval kunnen worden toegepast. Gras c.s. noemt in dit verband als voorbeeld art. 3:84 lid 3 BW. Als sprake is van een geldige titel en levering door een beschikkingsbevoegde dan is het goed overgedragen. Een verdere afweging van de omstandigheden van het geval is daarvoor niet vereist. Vgl. Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 443-444.

<sup>651</sup> Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 444. Zie ook Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 96, met verdere verwijzingen naar literatuur. Zie tevens nr. 101. Ik wijs in dit verband ook op HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98, HR 1 oktober 2010, NJ 2010, 529 en HR 17 december 2010, JAR 2011/19, m.nt. M.M. Koevoets. Zie ook de conclusie van A-G Wuisman voor HR 29 juni 2007, NJ 2008, 606. Wuisman schreef dat bij de beantwoording van de vraag of de koper binnen bekwame tijd de verkoper van een

Daarvan is bijvoorbeeld sprake bij de kwalificatie van de feiten aan de hand van een open norm,<sup>652</sup> zoals bijvoorbeeld het geval is bij de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet<sup>653</sup> of voor de vraag of de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is.<sup>654</sup>

Het feitelijk deel van gemengde beslissingen kan alleen met motiveringsklachten worden bestreden.<sup>655</sup> Voor de toetsing van het juridische gedeelte heeft de Hoge Raad vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw verschillende ‘instrumenten’ ontwikkeld, zoals in paragraaf 2.2.2 uiteen is gezet. Toetsing van gemengde beslissingen in cassatie vindt plaats aan de hand van harde subregels, vuistregels en gezichtspunten.<sup>656</sup> De toetsing van harde subregels en vuistregels laat ik hier verder onbesproken en zal mij richten op de toetsing van gemengde beslissingen aan de hand van gezichtspuntencatalogi.<sup>657</sup>

Gezichtspuntencatalogi maken in cassatie controleerbaar of de feitenrechter de relevante omstandigheden in zijn beoordeling heeft betrokken,<sup>658</sup> al blijft de uiteindelijke waardering van die feiten en omstandigheden een feitelijke kwestie die in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst.<sup>659</sup> Het

---

gebleken non-conformiteit in kennis heeft gesteld, de omstandigheden van het concrete geval een belangrijke rol spelen. De beslissingen die de feitenrechter daarmee neemt, dragen daardoor al spoedig een feitelijk karakter, met als gevolg dat de ruimte voor toetsing van die beslissingen in cassatie beperkt is, aldus Wuisman.

<sup>652</sup> Zie hierover bijvoorbeeld Korthals Altes 1981, p. 47, Barendrecht 1998, p. 25 en Memelink 2009, p. 50.

<sup>653</sup> Van de Oever 1993, p. 65, Van Staden ten Brink 2005, p. 16, Stein/Rueb 2007, p. 239, Quist 2007b, p. 295, Sagel 2012, p. 7 en Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 79 RO, aant. 6.

<sup>654</sup> Duk 2002, p. 5 en Duk 2004a, p. 164.

<sup>655</sup> Zie daarover de conclusie van A-G Wuisman voor HR 9 februari 2007, NJ 2007, 107, HR 11 november 2011, NJ 2012, 529, m.nt. E.A. Alkema en HR 18 november 2011, RvdW 2011, 1422. Zie hierover ook Zondag 2005, p. 18-19.

<sup>656</sup> Zie voor dit onderscheid paragraaf 2.2.2. Zie ook Quist 2011, p. 100-102.

<sup>657</sup> Voor de toetsing van harde subregels en vuistregels verwijs ik onder andere naar Wiarda 1978, p. 70 e.v., Korthals Altes 1981, p. 54-55, Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 102, Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 445-446, Asser 2011b, p. 52 en Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 79 RO, aant. 6.

<sup>658</sup> Bruinsma heeft in dit verband geschreven dat gezichtspuntencatalogi kunnen worden gezien als een poging van de Hoge Raad om vat te krijgen op concrete toepassingen door de feitenrechter van vage normen en open begrippen. Bruinsma 1988, p. 17.

<sup>659</sup> Aldus Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 445. De vraag rijst of deze stelling geheel juist is. Gezichtspuntencatalogi geven namelijk meestal niet aan welke feiten en omstandigheden van belang zijn, maar welke van belang *kunnen* zijn, zo is in paragraaf 2.4.1.2 beschreven. De relevantie van bepaalde gezichtspunten is dus niet steeds op voorhand gegeven. Daar komt bij dat de rechter pas aan de beoordeling van bepaalde feiten en omstandigheden kan toekomen indien daarop door (één van de) partijen een beroep is gedaan, zo volgt uit art. 24 Rv, waarover in paragraaf 4.3.2. Terecht voegde

niet in acht nemen door de feitenrechter van door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten levert, indien deze dwingend zijn voorgeschreven, schending van het recht op en leidt tot cassatie van de betrokken uitspraak.<sup>660</sup> Ook kan de Hoge Raad tot vernietiging van de uitspraak van de lagere rechter over gaan indien een partij voldoende gemotiveerde argumenten op een bepaald gezichtspunt heeft afgestemd, maar de rechter daar geen kenbare aandacht aan heeft besteed. Bij de Hoge Raad kan er in dat geval over worden geklaagd dat de lagere rechter een essentiële stelling heeft gepasseerd.<sup>661</sup> Barendrecht heeft er in dit verband op gewezen dat bij de toepassing van veel regels in beginsel veel of zelfs alle omstandigheden van het geval relevant kunnen zijn, hetgeen betekent dat tegen de meeste kwalificatiebeslissingen wel een motiveringsklacht kan worden aangevoerd, inhoudende dat de rechter een aangevoerde omstandigheid niet heeft behandeld.<sup>662</sup>

Wel is het goed ons te realiseren dat de grens tussen feit en recht in belangrijke mate een kwestie van beleid van de Hoge Raad is. Het is namelijk altijd mogelijk om ofwel de feitelijke kant van een bepaalde beslissing te benadrukken dan wel de juridische kant.<sup>663</sup> Daardoor kunnen ook de door de Hoge Raad te leggen accenten ten aanzien van een bepaald onderwerp verschuiven. Werd de vraag of sprake is van een dringende reden aanvankelijk als feitelijk beschouwd,<sup>664</sup> thans kan worden gesproken van een gemengde beslissing.<sup>665</sup> De

---

Gras c.s. dan ook toe dat het voor de praktijk van belang is om argumenten af te stemmen op relevante gezichtspunten.

<sup>660</sup> Asser 2011b, p. 52.

<sup>661</sup> Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 445.

<sup>662</sup> Barendrecht 1998, p. 31. Barendrecht heeft hieraan toegevoegd dat er verschillende technieken bestaan om te voorkomen dat dit soort klachten steeds tot vernietiging van de bestreden uitspraak moeten leiden. Zo komt vaak de frase terug dat de rechter niet op alle argumenten van partijen hoeft in te gaan. Ook kan de, niet behandelde, stelling als niet-essentieel worden beschouwd. Ras heeft geschreven dat de Hoge Raad niet snel zal ingrijpen indien de bestreden beslissing bevredigend is. Vgl. Ras 1988, p. 76. Omgekeerd geldt dat de Hoge Raad verdergaand toetst indien hij het bestreden oordeel onjuist acht. Zie hierover Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 273, alsmede Stein/Rueb 2007, p. 235.

<sup>663</sup> Barendrecht 1998, p. 23 en 24. Zie hierover ook Van Schilfgaarde die schreef: 'Een nogal eens gehoorde uitspraak is dat de Hoge Raad recht noemt waarover hij een oordeel wil geven en als feit aanmerkt wat hij voor rekening van de lagere rechter wil laten. Daarmee is aangegeven dat het onderscheid tot een nogal willekeurige uitkomst kan leiden en dat is inderdaad het geval. De oorzaak daarvan is echter niet dat de Hoge Raad naar willekeur handelt. De oorzaak is dat feit en recht van elkaar afhankelijke, in elkaar overlopende categorieën zijn.' Van Schilfgaarde 2000, p. 244.

<sup>664</sup> Barendrecht 1998, p. 39.

<sup>665</sup> Zie daarover bijvoorbeeld Korthals Altes 1981, p. 51.

Hoge Raad heeft ten aanzien van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet verschillende harde subregels, vuistregels en gezichtspuntencatalogi geformuleerd,<sup>666</sup> zodat (beperkte) toetsing in cassatie mogelijk is. Er heeft zich op dit punt in de loop der jaren dus een ontwikkeling naar een ruimere toetsing voorgedaan.<sup>667</sup> In de literatuur is er wel op gewezen dat het vaak lastig te voorspellen is in welke mate de Hoge Raad een gemengde beslissing in cassatie zal toetsen. In sommige zaken wordt namelijk de nadruk gelegd op de feitelijke component (en is de toetsing mitsdien beperkt), terwijl de Hoge Raad in andere gevallen bijvoorbeeld een eigen oordeel geeft over de voorliggende kwalificatievraag.<sup>668</sup>

#### 4.6.3 Vernietiging en verwijzing

Indien de Hoge Raad van oordeel is dat de bestreden uitspraak niet in stand kan blijven, zal de uitspraak worden vernietigd.<sup>669</sup> De Hoge Raad kan<sup>670</sup> de zaak dan zelf afdoen.<sup>671</sup> Daarvan kan sprake zijn indien nog moet worden beslist over feitelijke aspecten van ondergeschikte aard waarover de Hoge Raad op grond van de stukken van het geding een beslissing kan geven (art. 421 Rv) en indien nog moet worden beslist over rechtspunten waaromtrent nog geen uitspraak is gedaan (art. 422 Rv). In de meeste gevallen echter wordt de zaak ter verdere behandeling en beoordeling verwezen naar de lagere rechter, aangezien veelal nader onderzoek naar en waardering van de feiten noodzakelijk zal zijn.<sup>672</sup> Art.

<sup>666</sup> Quist 2011, p. 99 e.v.

<sup>667</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 98. In nr. 101 (en nr. 103) is opgemerkt dat de Hoge Raad steeds meer geneigd lijkt om beslissingen die vroeger als zuiver feitelijk werden beschouwd, thans als gemengd aan te merken.

<sup>668</sup> Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 446.

<sup>669</sup> Het cassatieberoep wordt verworpen indien de Hoge Raad van oordeel is dat de opgeworpen cassatiemiddelen niet kunnen slagen. De bestreden uitspraak blijft dan in stand. De Hoge Raad bekrachtigt in dat geval dus niet de bestreden uitspraak. De reden daarvoor is, zo heeft Asser beschreven, dat de enge beoordelingsmarges meebrengen dat de Hoge Raad geen volledig oordeel kan geven over de juistheid van de bestreden uitspraak. Asser 2011b, p. 13. Bij verwerping van een tegen een gemengde beslissing gericht cassatiemiddel overweegt de Hoge Raad vaak dat het bestreden oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en dat het voor het overige te zeer is verweven met waarderings van feitelijke aard om in cassatie te kunnen worden getoetst, terwijl het oordeel ook niet onbegrijpelijk is.

<sup>670</sup> De regeling van art. 420 e.v. Rv geeft de Hoge Raad een grote vrijheid om, na vernietiging van de bestreden uitspraak, al dan niet te verwijzen. Vgl. Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 166.

<sup>671</sup> Hetgeen ook de hoofdregel is, zo bepaalt art. 420 Rv.

<sup>672</sup> Stein/Rueb 2007, p. 240.

422a Rv stelt terugverwijzing voorop, maar in de meeste gevallen verwijst de Hoge Raad de zaak naar een hof van een ressort dat grenst aan het ressort van het hof dat de vernietigde uitspraak heeft gewezen.<sup>673</sup>

De rechter naar wie de zaak is verwezen is op grond van art. 424 Rv gebonden aan de uitspraak van de Hoge Raad.<sup>674</sup> De procedure na verwijzing betreft de voortzetting van de procedure voordat cassatie werd ingesteld. Dat betekent dat de verwijzingsrechter ook gebonden is aan in cassatie niet of zonder succes aangevochten eindbeslissingen van de lagere rechter, tegen wiens uitspraak beroep in cassatie was ingesteld.<sup>675</sup>

Na verwijzing is het in beginsel niet meer mogelijk om nieuwe feitelijke stellingen aan te voeren, tenzij het gaat om feiten die zich pas na het uitspreken van de gecasseerde uitspraak hebben voorgedaan.<sup>676</sup> Korthals Altes heeft erop gewezen dat deze regel in de praktijk wel enigszins is afgezwakt, aangezien partijen een nadere toelichting mogen geven op de door hen reeds voor het geding in cassatie gestelde feiten.<sup>677</sup> Ook indien de Hoge Raad omgaat, mogen partijen hun stellingen aanpassen aan de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregels.<sup>678</sup> Ook een verandering van de vordering of het verzoek of de grondslag daarvan is in het algemeen niet (meer) mogelijk, tenzij dit blijft binnen het door de Hoge Raad aangegeven kader waarbinnen de verwijzingsrechter (nog) een beslissing dient te geven.<sup>679</sup> Voorts is het voeren van een nieuw verweer, dat ook vóór het cassatieberoep naar voren had kunnen worden gebracht, niet toegestaan.<sup>680</sup>

In sommige gevallen geeft de Hoge Raad de verwijzingsrechter een instructie,<sup>681</sup> waarin hij aangeeft welk(e) geschilpunt(en) nog moet(en) worden

---

<sup>673</sup> Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 437 en Asser 2011b, p. 120.

<sup>674</sup> In paragraaf 4.4.4 is beschreven dat ons burgerlijk procesrecht geen precedentenstelsel kent. Art. 424 Rv is het enige geval waarin de lagere rechter gebonden is aan de rechtsopvatting van de hogere rechter. Vgl. Stein/Rueb 2007, p. 240.

<sup>675</sup> Zie hierover Winters 1992, p. 73 e.v. Zie over de taak van de verwijzingsrechter onder andere HR 18 november 2005, NJ 2006, 640, HR 19 juni 2009, NJ 2009, 291 en HR 28 mei 2010, NJ 2010, 297.

<sup>676</sup> Onder andere HR 22 oktober 1999, NJ 1999, 799. Zie over dit onderwerp ook Winters 1992, p. 204 e.v.

<sup>677</sup> Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsvordering, art. 424, aant. 3, met verwijzing naar HR 20 maart 1959, NJ 1959, 581.

<sup>678</sup> Vgl. HR 10 november 1989, NJ 1990, 628, m.nt. EAAL/EAA.

<sup>679</sup> Hugenholtz/Heemskerk 2009, nr. 166.

<sup>680</sup> Vgl. HR 29 juni 2007, NJ 2007, 354. Zie over de ruimte die er soms toch is om nieuwe stellingen naar voren te brengen Dempsey 2012, p. 4 e.v.

<sup>681</sup> Zie hierover ook Dempsey 2012, p. 1.



beoordeeld en wat daarbij in aanmerking moet worden genomen.<sup>682</sup> Zo een aanwijzing kan ook in de vorm van een gezichtspuntencatalogus worden gegoten.<sup>683</sup>

#### 4.6.4 Gevolgen voor toepassing gezichtspuntencatalogi

Voor wat betreft de toetsing in cassatie van op gezichtspuntencatalogi gebaseerde uitspraken is allereerst van belang dat de Hoge Raad gebonden is aan de feiten zoals die in de bestreden uitspraak zijn vastgesteld. Gezichtspunten zijn factoren die voor de beoordeling van de voorliggende zaak van belang (kunnen) zijn. Die factoren dienen te worden ingevuld/ingekleurd aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. De Hoge Raad zal daarbij dus geen feiten en omstandigheden mogen betrekken die niet zijn vastgesteld in de bestreden uitspraak. Voor partijen geldt dat zij in cassatie geen nieuwe feiten ten grondslag kunnen leggen aan de door hen ingeroepen gezichtspunten.

Dat ligt anders indien er in cassatie over wordt geklaagd dat de lagere rechter een essentiële stelling van één van de partijen niet heeft behandeld. Het is evident dat dan (in de bestreden uitspraak) niets omtrent het desbetreffende gezichtspunt is vastgesteld. In zo'n geval moeten de bedoelde feiten en omstandigheden echter wel blijken uit de stukken van het geding. De feitelijke grondslag van de middelen kan, zoals in paragraaf 4.6.1 uiteen is gezet, alleen worden gevonden in de bestreden uitspraak dan wel in de stukken van het geding. Is aan deze voorwaarde niet voldaan, dan mist het middel feitelijke grondslag.

Op gezichtspuntencatalogi gebaseerde uitspraken van de lagere rechter kunnen door de Hoge Raad worden vernietigd indien sprake is van schending van het recht. Onder recht in de zin van art. 79 RO dienen ook door de Hoge Raad ontwikkelde rechtsregels (waaronder ook harde subregels, vuistregels en gezichtspuntencatalogi) te worden begrepen.<sup>684</sup> Dat betekent dat tot cassatie zou kunnen worden overgegaan indien de lagere rechter het bestaan van een

<sup>682</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 200 en Losbl. Kluwer Burgerlijke rechtsovereenkomst, art. 424, aant. 3.

<sup>683</sup> Zie bijvoorbeeld HR 13 juli 2012, NJ 2012, 447. De Hoge Raad overwoog: 'Met het oog op de behandeling van de zaak na verwijzing, merkt de Hoge Raad het volgende op. (...) Bij de beantwoording van deze vraag moet erop worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening is gekomen, alsmede op alle overige omstandigheden van het geval.'

<sup>684</sup> Zie voor wat betreft harde subregels Sagel 2009, p. 63, die schreef dat harde subregels rechtsregels zijn die de Hoge Raad ten volle kan toetsen. Ten aanzien van gezichtspuntencatalogi schreef Sagel dat de Hoge Raad een rechtsregel formuleert wanneer hij oordeelt dat alle omstandigheden van het geval *dienen* te worden afgewogen. Vgl. Sagel 2013, p. 251-252.

gezichtspuntencatalogus heeft miskend. Zo snel zal deze situatie zich overigens niet voordoen, aangezien dit uitsluitend opgaat voor gezichtspunten die dwingend zijn voorgeschreven, zoals bijvoorbeeld in het arrest Van Hese/De Schelde.<sup>685</sup> De meeste gezichtspunten hebben echter geen imperatief karakter. Wel kan vernietiging volgen indien de rechter zijn oordeel baseert op één enkel (of slechts enkele) gezichtspunten(en) en daarmee miskent dat de beoordeling had moeten plaatsvinden aan de hand van alle omstandigheden van het geval en mogelijk daaraan gekoppelde gezichtspunten.<sup>686</sup> Dat was bijvoorbeeld aan de orde in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 21 september 2012,<sup>687</sup> dat ging over de vraag of een arbitragebeding onredelijk bezwarend was in de zin van art. 6:233 BW. De Hoge Raad oordeelde dat het oordeel van het hof niet steunt op een waardering van de concrete omstandigheden van het geval, maar als het ware het arbitrale beding op de zwarte lijst van art. 6:236 BW plaatst. Het oordeel van het hof gaf dan ook blijk van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>688</sup> Van belang is dat het er hierbij niet alleen om gaat hoe de lagere rechter de toepasselijke maatstaf heeft verwoord, maar ook hoe die maatstaf is toegepast.<sup>689</sup>

Het toepassen van gezichtspuntencatalogi leidt tot gemengde beslissingen.<sup>690</sup> Hierboven zijn daarvan verschillende voorbeelden genoemd. Het feitelijk gedeelte daarvan kan in cassatie niet inhoudelijk worden getoetst. De vaststelling en waardering van de relevante feiten en omstandigheden zijn immers aan de feitenrechter overgelaten. Cassatie is eveneens niet mogelijk ten aanzien van de wijze waarop de feitenrechter de verschillende relevante feiten en omstandigheden tegen elkaar heeft afgewogen.<sup>691</sup> Het maken van die

---

<sup>685</sup> Waarover nader in het volgende hoofdstuk.

<sup>686</sup> Zie hierover ook Sagel 2013, p. 253, die schreef dat de 'alle omstandigheden tellen meemaatstaf' een rechtsnorm is, die in cassatie vol op juistheid kan worden getoetst.

<sup>687</sup> RvdW 2012, 1132.

<sup>688</sup> Ik noem in dit verband ook HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529, m.nt. C.C. van Dam, alsmede HR 29 april 2011, NJ 2011, 406, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

<sup>689</sup> Zie hiervoor de conclusies van A-G Spier voor HR 19 oktober 2012, JAR 2012, 294 en HR 19 oktober 2012, JAR 2012/295.

<sup>690</sup> Waarover ook Sagel 2009, Van den Brink 2012, p. 1 en Lewin 2013, p. 20.

<sup>691</sup> Ervan uitgaande dat de lagere rechter dit oordeel wel naar behoren heeft gemotiveerd. Zie in dit kader hetgeen A-G Wuisman schreef in onderdeel 4.7 van zijn conclusie voor HR 9 februari 2007, NJ 2007, 105 (een art. 7:658 BW-zaak). De A-G behandelde op die plaats rechtsoverweging 3.3 van het arrest van de Hoge Raad van 16 mei 2003, NJ 2004, 176 (Dusarduyn/Du Puy). De A-G schreef: 'In deze laatste overweging aanvaardt de Hoge Raad dat bij de beoordeling van de door de werkgever jegens de werknemer te betrachten zorg ter voorkoming van schade voor laatstgenoemde in de uitoefening van zijn werkzaamheden in aanmerking mag worden genomen zijn werkervaring en kennis omtrent veiligheidsrisico's. De bepaling van het gewicht dat aan deze omstandigheden in

afweging is en blijft aan de lagere rechter voorbehouden,<sup>692</sup> zodat het resultaat van die (belangen)afweging in cassatie in de regel als een feitelijke beslissing zal worden aangemerkt.<sup>693</sup> In cassatie is dan ook sprake van een beperkte toetsing.<sup>694</sup> A-G Wissink is hier duidelijk over in zijn conclusie voor de uitspraak van de Hoge Raad van 23 april 2010.<sup>695</sup>

‘Het hof heeft de vrijheid om een bepaalde volgorde aan te brengen in de weging van de relevante omstandigheden van het geval. Evenzeer is het in beginsel aan het hof voorbehouden te bepalen tot welke uitleg de weging van de omstandigheden leidt en daarbij aan ieder van de omstandigheden een zeker gewicht toe te kennen. Dit zijn feitelijke oordelen. In cassatie kan alleen worden getoetst of de feitenrechter bij die uitleg de juiste maatstaven heeft gehanteerd en of hij zijn oordeel naar behoren heeft gemotiveerd.’

Schending van de motiveringsplicht zal bij de toepassing van gezichtspunten-catalogi dan ook een vaker voorkomende cassatiegrond zijn. Uit de uitspraak van de lagere rechter zal namelijk niet alleen moeten blijken welke feiten en

---

een concreet geval moet worden toegekend, laat de Hoge Raad echter in eerste instantie aan de feitenrechter over. Het betreffende oordeel toetst de Hoge Raad in beginsel niet op zijn juistheid maar op motivering.’ Zie in dit verband ook HR 27 juni 2008, JAR 2008/188 en HR 1 oktober 2010, NJ 2010, 529. Reeds in het arrest Saladin/HBU uit 1967 (zie paragraaf 2.2.2) overwoog de Hoge Raad dat de waardering van de verschillende relevante omstandigheden in belangrijke mate van feitelijke aard is, zodat een op een zodanige waardering berustend oordeel slechts in beperkte mate vatbaar is voor toetsing in cassatie.

<sup>692</sup> Wiarda 1977, p. 163 en Quist 2007b, p. 296. Zie bijvoorbeeld HR 27 juni 2008, JAR 2008/188, waarin de Hoge Raad overwoog dat de weging van de aard en de ernst van de omstandigheden die het hof aanleiding hebben gegeven tot de conclusie dat geen sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag, voorbehouden is aan de rechter die over de feiten oordeelt. Zie ook Houweling 2011, p. 477, waar is geschreven dat de invulling van de ‘alle omstandigheden van het geval’-toets voor een belangrijk deel ‘feitenrechttersrecht’ blijft.

<sup>693</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 103.

<sup>694</sup> Zie reeds HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, HR 13 maart 1981, NJ 1981, 506, alsmede HR 25 mei 2012, NJ 2012, 68, m.nt. Th.C.J.A. van Engelen en HR 10 augustus 2012, RvdW 2012, 1042. Er zijn nog vele andere voorbeelden te noemen. Korthals Altes heeft er, in navolging van het preavies van Wiarda voor de NJV uit 1978 op gewezen dat zich de paradoxale situatie voordoet dat de Hoge Raad zijn controlerende en uniformerende taak, gelet op het karakter van gemengde beslissingen, slechts in beperkte mate kan uitoefenen, terwijl die gemengde beslissingen nu juist gebieden betreffen waar de wetgever bewust de rechtsvorming aan de rechter heeft willen overlaten en de leiding van de Hoge Raad dringender dan elders gewenst is. Vgl. Korthals Altes 1981, p. 47. Zie ook Verheij 2005, p. 111, die schreef dat de Hoge Raad zichzelf, door het formuleren van gezichtspunten, heeft beperkt in zijn controle op de feitenrechter.

<sup>695</sup> JAR 2010/127.

omstandigheden (lees: welke gezichtspunten) hij in zijn oordeel heeft betrokken, maar ook zal duidelijk moeten zijn hoe de verschillende gezichtspunten tegen elkaar zijn afgewogen. Alleen zo zal inzicht kunnen worden geboden in de aan het oordeel ten grondslag liggende gedachtegang. Wordt hieraan niet voldaan, dan zal een cassatieklacht succes kunnen hebben.<sup>696</sup> Echter, niet alle motiveringsgebreken en onduidelijkheden in de motivering zullen meebrengen dat de bestreden uitspraak zo zeer op losse schroeven komt te staan dat de uitspraak moet worden vernietigd. In sommige gevallen strijkt de Hoge Raad (kleine) gebreken glad, waarmee de bestreden uitspraak van vernietiging wordt 'gered'.<sup>697</sup> Daarvan zal bijvoorbeeld sprake zijn indien het resultaat waartoe de lagere rechter is gekomen de Hoge Raad kennelijk juist voorkomt.<sup>698</sup>

In paragraaf 2.7.2 is uiteengezet dat tegen het gebruik van gezichtspuntencatalogi naar voren is gebracht dat aan de hand van dergelijke lijsten met relevante omstandigheden eigenlijk ieder resultaat kan worden bereikt. Zo zal in een bepaalde zaak met toepassing van (bijvoorbeeld) de Kelderluik-criteria tot een toewijzing van de vordering kunnen worden gekomen, terwijl de rechter met toepassing van diezelfde criteria evengoed tot een afwijzing zal kunnen concluderen.<sup>699</sup> Het is zeer wel mogelijk dat de motivering van beide beslissingen in cassatie stand houdt. Bij de toepassing van gezichtspuntencatalogi geldt dus dat het gegeven dat de lagere rechter tot een andere (wellicht zelfs betere) uitspraak had kunnen komen, nog niet betekent dat de bestreden uitspraak voor vernietiging vatbaar is.<sup>700</sup> Zo schreef A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 19 oktober 2012,<sup>701</sup> dat het arrest van het hof in zijn ogen voorbeeldig gemotiveerd is, waaraan niet afdoet dat een ander feitelijk oordeel wellicht mogelijk was geweest, maar dat is, zo

---

<sup>696</sup> De rechter kan zijn oordeel niet onderbouwen door uitsluitend te wijzen op 'de omstandigheden van het geval'. Zie in dit verband bijvoorbeeld HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 en HR 19 januari 2007, NJ 2007, 63.

<sup>697</sup> Asser 2011b, p. 48.

<sup>698</sup> Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 442.

<sup>699</sup> Zie hierover Verheij, die schreef dat de waardering van bepaalde activiteiten per persoon verschilt. De Kelderluik-factoren garanderen dus geenszins dat gelijke gevallen ook gelijk worden behandeld. Verheij 2005, p. 48.

<sup>700</sup> Zie in dit verband Korthals Altes 1981, p. 50, Bruinsma 1988, p. 16, Van de Oever 1993, p. 66, Barendrecht 1998, p. 32 en meer recent Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 101, Hammerstein 2010, p. 549, alsmede Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 443.

<sup>701</sup> JAR 2012/294, dat gaat over werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW.

voegde Spier toe, niet iets waarover met vrucht in cassatie kan worden geklaagd.<sup>702</sup>

Wordt de bestreden gezichtspuntenuitspraak wel vernietigd, dan zal in de regel verwijzing volgen. De na cassatie te nemen beslissing zal over het algemeen genomen zozeer afhankelijk zijn van een nadere waardering van de relevante feiten en omstandigheden (gezichtspunten) dat de Hoge Raad de zaak niet zelf zal afdoen.

#### **4.7 Afronding**

In dit hoofdstuk is naar voren gekomen dat het toepassen van door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogi niet alleen een materieelrechtelijke weerslag heeft, maar ook vanuit procesrechtelijk oogpunt diverse implicaties kent. Om (goed) met lijsten met relevante factoren te kunnen werken, is het van belang te weten wat de mogelijke procesrechtelijke gevolgen (kunnen) zijn. Voor zover daarover in algemene zin iets te zeggen is, is daarop in de voorgaande paragrafen ingegaan.

Daarbij valt op dat het hanteren van gezichtspuntencatalogi voor de betrokken partijen op diverse terreinen voor de nodige onzekerheid kan zorgen, hetgeen zich moeilijk laat rijmen met de gedachte dat gezichtspuntencatalogi tot meer duidelijkheid ten aanzien van de relevante factoren en voorspelbaarheid ten aanzien van de uitkomst van de zaak moeten leiden. Immers, het zijn partijen die de noodzakelijke (rechts)feiten moeten stellen, hetgeen bovendien volledig en naar waarheid moet gebeuren. Bij een niet-imperatieve catalogus staat op voorhand echter niet vast welke factoren de rechter precies van belang acht voor de beoordeling van de zaak, hetgeen tot onzekerheid over de uitkomst van de procedure leidt.

Partijen doen er dan ook goed aan om niet 'te zuinig' te zijn met het naar voren brengen van volgens hen relevante feiten en omstandigheden. Ook is het aan te bevelen het te formuleren bewijsaanbod zoveel als mogelijk op die feiten en omstandigheden af te stemmen, om niet tegengeworpen te krijgen dat aan (nadere) bewijslevering niet kan worden toegekomen, omdat het bewijsaanbod onvoldoende concreet en gespecificeerd is.

Omdat – in de regel – op voorhand niet duidelijk is welke gezichtspunten in het oordeel van de rechter een rol zullen spelen, moet er rekening mee worden gehouden dat de (actieve) rechter, bijvoorbeeld tijdens een

---

<sup>702</sup> Zie ook zijn conclusie voor HR 19 oktober 2012, JAR 2012/ 295. Spier schreef in zijn conclusie voor HR 19 oktober 2012, JAR 2012/296, dat de enkele omstandigheid dat andere feitelijke waarderingen mogelijk waren geweest, geen reden voor vernietiging van de bestreden arresten is.

(inlichtingen)com-paritie, ‘op zoek gaat’ naar andere dan door partijen gestelde feiten en omstandigheden, omdat de rechter van oordeel is dat ook andere factoren van belang zijn voor de door hem te nemen beslissing. De rechter heeft diverse instrumenten om dit proces van waarheidsvinding te sturen.

De toepassing van gezichtspuntencatalogi leidt veelal tot gemengde beslissingen. Dit maakt toetsing in cassatie, één van de functies van gezichtspuntencatalogi, mogelijk. Zo kan bijvoorbeeld sprake zijn van schending van het recht indien de lagere rechter het bestaan van een gezichtspuntencatalogus heeft miskend. Ook dient de uitspraak van de feitenrechter deugdelijk te zijn gemotiveerd. Om (voldoende) inzicht te geven in zijn gedachtegang, zal de rechter niet alleen moeten aangeven welke feiten en omstandigheden hij in zijn oordeel heeft betrokken, maar ook hoe de verschillende gezichtspunten tegen elkaar zijn afgewogen. Pas dan wordt duidelijk of en zo ja, hoe de verschillende relevante factoren aan het uiteindelijke oordeel hebben bijgedragen. Doet de lagere rechter dat niet, dan heeft zijn oordeel veel weg van een machtswoord.<sup>703</sup>

De rechter zal daarvoor wel gevoed moeten worden door partijen. Zij zullen in de eerste plaats (feitelijke) invulling aan de diverse gezichtspunten moeten geven en waar nodig daarvan bewijs moeten bijbrengen. De grote meerderheid van de geschillen draait immers om (betwiste) feiten.<sup>704</sup> Zaken worden, zo schreef Ahsmann, in meerderheid nog steeds gewonnen of verloren op grond van de feiten.<sup>705</sup> De omstandigheden van het concrete geval zijn en blijven dus essentieel. Het procesrecht bepaalt in belangrijke mate hoe de rechter met die door partijen gestelde omstandigheden van het geval moet omgaan. De regels van procesrecht kunnen zo een belangrijke stempel drukken op de uiteindelijke uitkomst van de procedure.

---

<sup>703</sup> Zie ook Barendrecht 1992, p. 12 en 145.

<sup>704</sup> Kaptein 2007, p. 375.

<sup>705</sup> Ahsmann 2011, p. 151.

## **5 Toepassing in de lagere rechtspraak I: Van Hese/De Schelde**

### **5.1 Inleiding**

In de hoofdstukken 2 en 3 is de gezichtspuntenrechtspraak op het niveau van de Hoge Raad besproken, eerst in algemene zin en vervolgens toegespitst op het arbeidsrecht. Daarna zijn, in het vorige hoofdstuk, de procesrechtelijke aspecten de revue gepasseerd. Het is nu tijd om de lagere rechtspraak onder de loep te nemen. Daarvoor zal in dit hoofdstuk uitvoerig aandacht worden besteed aan het arrest Van Hese/De Schelde.<sup>1</sup> Hierbij zal allereerst worden ingegaan op de casus die aan het arrest ten grondslag ligt, alsmede op het oordeel van de Hoge Raad, waarbij de in het arrest geformuleerde gezichtspuntencatalogus uiteraard op de voorgrond staat. Vervolgens zal de overstap worden gemaakt naar de lagere rechtspraak, om te bezien hoe in feitelijke instanties uitvoering en invulling aan de door de Hoge Raad geformuleerde catalogus wordt gegeven.

### **5.2 De zaak/het arrest Van Hese/De Schelde**

Van Hese is van 16 maart 1959 tot en met 7 juni 1963 als schilder bij De Schelde, een te Vlissingen gevestigde scheepsbouwer, in dienst geweest. Gedurende zijn werkzaamheden bij dit bedrijf is Van Hese blootgesteld aan asbeststof.<sup>2</sup> In de loop van 1996, dus zo'n 33 jaar nadat zijn dienstverband bij De Schelde was geëindigd, is bij Van Hese de asbestziekte mesotheliom<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, m.nt. ARB onder NJ 2000, 431 en m.nt. Jansen en Loonstra onder JOR 2000, 163. Hoewel de in dit arrest opgenomen gezichtspuntencatalogus ziet op het verjaringsaspect, kan het arrest zelf wel degelijk tot de arbeidsrechtelijke rechtspraak worden gerekend. Het betreft immers een werkgeversaansprakelijkheidszaak. Ook in de arbeidsrechtelijke literatuur vindt het arrest aandacht, in welk verband ik onder andere wijs op Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 250-251, Van Drongelen 2006, p. 88-89 en Waterman 2009, p. 157 e.v. Zie ook Stege 2000, p. 299 e.v. en Van Eck 2000, p. 7 e.v..

<sup>2</sup> Zie over verschillende facetten van de asbestproblematiek het recente proefschrift van Ruers 2012, met een (uitgebreide) bespreking van de procedures inzake Van Hese/De Schelde en Rouwhof/Eternit op p. 396 e.v.

<sup>3</sup> Op de website van het Instituut Asbestslachtoffers ([www.asbestslachtoffers.nl](http://www.asbestslachtoffers.nl)) is hierover te lezen: 'Het maligne mesotheliom is een kwaadaardig gezwel dat in de meeste gevallen binnen één tot twee jaar tot de dood leidt. Het treedt meestal op in het longvlies, maar kan ook in het hartzakje of in het buikvlies voorkomen. Behandeling heeft slechts in zeer uitzonderlijke gevallen tot genezing geleid. Bij omstreeks 80 procent van de patiënten kan een relatie met blootstelling aan asbest in het verleden worden vastgesteld. In de overige gevallen kan in de praktijk geen andere oorzaak dan asbestblootstelling aannemelijk worden gemaakt. De beschikbare gegevens bieden onvoldoende aanwijzingen om te veronderstellen dat een maligne mesotheliom pas boven een bepaalde asbestblootstelling optreedt. De Gezondheidsraad heeft daarom in

vastgesteld, waaraan Van Hese op 18 november 1996 op 61-jarige leeftijd is overleden.

Van Hese had De Schelde op 29 oktober 1996 op grond van art. 7A:1638x (oud) BW (thans art. 7:658 BW) aansprakelijk gesteld voor de geleden en te lijden schade.<sup>4</sup> De Schelde heeft zich allereerst op het standpunt gesteld dat de vordering was verjaard, aangezien de absolute verjaringstermijn reeds was verstreken.<sup>5</sup> De erven van Van Hese zijn tot dagvaarding overgegaan. De Rechtbank Middelburg heeft, in hoger beroep, de vordering afgewezen, oordelende dat de vordering was verjaard. Dit oordeel was in lijn met de destijds geldende rechtspraak.<sup>6</sup>

---

een advies gesteld dat bij iedereen die een maligne mesotheliom krijgt en die vroeger gewerkt heeft in een beroep waarin blootstelling aan asbest voorkomt, moet worden aangenomen dat de ziekte is ontstaan door blootstelling aan asbest. De latentietijd vanaf het begin van de blootstelling tot de manifestatie van het maligne mesotheliom varieert van 20 tot 50 jaar. Beschreven is echter dat de ziekte zich al veel sneller, soms binnen tien jaar, kan openbaren.’ Zie over de ziekte mesotheliom ook De Lang & Van 2012, 2075-21. Jaarlijks worden er zo’n 300-400 gevallen gediagnosticeerd, maar op basis van epidemiologisch onderzoek wordt door sommigen zelfs een stijging verwacht tot 700 nieuwe gevallen in 2020. In 2009 overleden 471 mensen aan mesotheliom en in 2010 waren er 481 slachtoffers. Zie over deze cijfers Hulst 2012, p. 13. In de NRC Next van 31 juli 2012 was (op p. 2) te lezen dat in Nederland per jaar ongeveer tien mensen overlijden aan asbestose en tussen de 400 en 500 aan mesotheliom. Voor longkanker zijn de cijfers ‘problematischer’. Het is namelijk onmogelijk vast te stellen hoeveel gevallen aan asbest zijn gerelateerd. Aan de hand van de meest betrouwbare schattingen komt het aantal asbestgerelateerde sterfgevallen in Nederland uit op ergens tussen de 900 en 1.300 per jaar, aldus deze krant. Recent hebben Vloemans en Van den Heuvel gewezen op het groeiende besef dat de ziekte mesotheliom niet uitsluitend door asbest veroorzaakt kan worden, hetgeen in de oudere rechtspraak wel uitgangspunt was. Vloemans & Van den Heuvel 2013, p. 96, voetnoot 5.

<sup>4</sup> Zie over de aansprakelijkheid voor asbestschades onder andere Hartlief 2005, p. 41 e.v.

<sup>5</sup> Het gaat hier om de 30-jarige verjaringstermijn. In de lagere rechtspraak was het lange tijd onduidelijk of deze termijn of de 20-jarige termijn moest worden toegepast. In het arrest De Schelde/Wijkhuizen (HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682, m.nt. JBMV), heeft de Hoge Raad de knoop doorgemaakt en bepaald dat in asbestzaken de vordering verjaart door het verloop van dertig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Vgl. Van & Dek 2000, p. 193. Dit betekent dat de absolute verjaringstermijn in beginsel begint te lopen bij het einde van het dienstverband, aldus Dek & Smale 1998, p. 63. Vgl. over dit aanvangsmoment van de verjaringstermijn ook Van Noord 2001, p. 62.

<sup>6</sup> Ik wijs in dit verband op de uitspraak van de Pres.Rb. Rotterdam van 4 januari 1996, JAR 1996/42, waarin werd overwogen: ‘Namens eiser is nog een beroep gedaan op de redelijkheid en billijkheid die een uitzondering op de verjaringsregels in extreme gevallen zou rechtvaardigen. Wij delen die opvatting niet omdat aldus met de ene hand wordt teruggenomen hetgeen met de andere hand juist ten dienste van de rechtszekerheid wordt gegeven; met andere woorden de rechtszekerheid ten behoeve waarvan het instituut van verjaring nu juist in de wet is opgenomen, zou toch weer geheel op de tocht komen te staan.’ Zie voorts Rb. Almelo 1 april 1998, JAR 1998/96, die uitdrukkelijk



Het arrest van de Hoge Raad van 28 april 2000 zorgde voor een ommekeer in het verjaringsrecht.<sup>7</sup> Weliswaar stelde de Hoge Raad voorop dat de absolute verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW een objectief en in beginsel absoluut karakter heeft, hetgeen wil zeggen dat, hoezeer dit ook moeilijk te aanvaarden is uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van degene die schade heeft geleden, het beginsel van rechtszekerheid dat deze absolute termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij – waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten – meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden.<sup>8</sup> De Hoge Raad vervolgde dat dit evenwel niet wil zeggen dat deze termijn nooit op grond van

---

verwijst naar de bedoeling van de wetgever: ‘Bij de totstandkoming van het huidige art. 3:310 BW heeft de wetgever (...) overwogen dat de figuur van de verjaring naar zijn aard meebrengt dat eventuele onbillijkheden jegens degene die door verjaring zijn rechtsvordering verliest op de koop toe genomen moeten worden omwille van de rechtszekerheid van een vaste verjaringstermijn. Nu de wetgever deze afweging uitdrukkelijk heeft gemaakt, bestaat er voor de rechter geen ruimte om op grond van de redelijkheid en billijkheid van de door de wetgever vastgestelde verjaringstermijnen af te wijken.’ Zie hierover ook Tjittes, die (in 1999) wees op de bewuste keuze van de wetgever, waaraan hij toevoegde dat het niet aan de rechter is om die keuze teniet te doen. Tjittes 1999, p. 60.

<sup>7</sup> Snijders schreef in dit verband dat de invloed van de redelijkheid en billijkheid bijna niet groter kan zijn, aangezien de rechtszekerheid hier wordt opgeofferd ten gunste van de redelijkheid en billijkheid. Snijders 2012, p. 771.

<sup>8</sup> Volgt verwijzing naar HR 3 november 1995, NJ 1998, 380, m.nt. CJHB (Diaconessen-ziekenhuis). In deze zaak (betreffende medische aansprakelijkheid) oordeelde de Hoge Raad (nog) dat het vanuit een oogpunt van individuele gerechtigheid ongetwijfeld moeilijk te accepteren is dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft kunnen maken wegens het voor hem verborgen karakter van zowel de schade als het causaal verband daarvan met een bepaalde gebeurtenis. Daar staat, aldus de Hoge Raad, evenwel tegenover dat de rechtszekerheid – welke het instituut van de verjaring beoogt te dienen – een vaste termijn eist en dat loslaten daarvan eveneens tot onbillijkheid kan leiden, ditmaal jegens de vermeende schuldenaar. De Hoge Raad hechtte in dit verband belang aan het feit dat de verjaringsregeling in het nieuw BW na zorgvuldige en herhaalde afweging van de voor- en nadelen van het stelsel tot stand is gekomen. Kortom, nog geen doorbreking van de verjaringstermijn. Annotator Brunner schreef dat niet uitgesloten moet worden geacht dat het uit een oogpunt van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is een beroep op verjaring te honoreren. Zie over dit arrest, in relatie tot asbestclaims, Van Dunné 1996, p. 21 e.v. Jansen en Loonstra behandelen in hun noot onder HR 28 april 2000, JOR 2000, 163, enkele (specifieke) gevallen, waarin al wel een uitzondering op de nagenoeg onaantastbare verjaringstermijn was geaccepteerd. Zie ook Jansen & Loonstra 2000, p. 241.

art. 6:2 lid 2 BW buiten toepassing zou kunnen blijven.<sup>9</sup> Gelet op de belangen die deze regel beoogt te dienen, waaronder in het bijzonder het belang van de rechtszekerheid, zal echter van onaanvaardbaarheid als in die bepaling bedoeld slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn. Een zodanig uitzonderlijk geval kan zich voordoen wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken – hier: de blootstelling aan asbest – inderdaad tot de schade – hier: de ziekte mesotheliom – zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken.<sup>10</sup>

Of in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van 30 jaar<sup>11</sup> na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust inderdaad

---

<sup>9</sup> Waar de Rechtbank Almelo geen ruimte zag voor het aanvaarden van een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde uitzondering op de regeling van de verjaring (zie voetnoot 6), ziet de Hoge Raad wel een opening. In dit verband overwoog hij: 'Bij het voorgaande is mede van betekenis dat blijkens de parlementaire geschiedenis van de geldende verjaringsregeling als karakteristiek van de bevrijdende verjaring is genoemd het tenietgaan van een rechtsvordering, en dat niet blijkt dat de wetgever zich ook het geval voor ogen heeft gesteld waarin de schade pas na het verstrijken van de verjaringstermijn is ontstaan, zodat de benadeelde in het geheel geen vordering tot schadevergoeding zou kunnen instellen: vóór het verstrijken niet, omdat er toen nog geen schade was, en na het verstrijken van de termijn niet omdat toen de rechtsvordering verjaard was. Dit geval zou hierop neerkomen dat de verjaring het ontstaan van een rechtsvordering verhindert, en dat het daarna voorvallen van de schade niet meer dan een natuurlijke verbintenis in het leven roept.'

<sup>10</sup> In sommige andere zaken wordt wel betoogd dat daarin eveneens sprake is van een 'uitzonderlijk geval', zoals door de Hoge Raad bedoeld. Zie bijvoorbeeld HR 22 juni 2012, JAR 2012/189, waarover Jansen & Jansen 2013, p. 32-33.

<sup>11</sup> Dat we in zaken als de onderhavige te maken hebben met de 30-jarige verjaringstermijn (en niet met de 20-jarige termijn) is door de Hoge Raad bevestigd in HR 2 december 2011, NJ 2012, 197, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. De Hoge Raad overwoog dat asbest een bijzonder gevaar voor personen oplevert als bedoeld in art. 6:175 BW, welk artikel, kort gezegd, de (risico)aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen regelt. Dat de vordering niet op deze bepaling, maar op art. 6:162 BW was gebaseerd, maakte voor wat betreft de duur van de verjaringstermijn geen verschil. Zie ook HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de verjaringstermijn van 30 jaar (ook) geldt voor werkgeversaansprakelijkheidszaken. De Hoge Raad oordeelde dat noch de tekst noch de strekking van art. 3:310 lid 2 BW steun geeft aan de opvatting dat de daarin bepaalde verlenging van de verjaringstermijn tot 30 jaar niet zou gelden voor op art. 1638x (thans art. 7:658) BW gebaseerde vorderingen tot schadevergoeding. De verwijzing in de tekst van art. 3:310 lid 2 BW naar schade als gevolg van de verwezenlijking als bedoeld in art. 6:175 BW beoogt niet de toepasselijkheid van de bepaling te beperken tot vorderingen die op art. 6:175 BW zijn gegrond, doch duidt slechts aan om welke soort schadelijke stoffen het gaat.

naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is,<sup>12</sup> zal, aldus de Hoge Raad, met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld.<sup>13</sup> De Hoge Raad voegde daaraan toe dat, als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen:

- a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;
- b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;
- c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
- e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
- f) of de aansprakelijkheid nog door verzekering is gedekt;
- g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Door de eis te stellen dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid sprake moet zijn van ‘onaanvaardbaarheid’ wordt een behoorlijke drempel opgeworpen. Er moet, zo schreef Van Boom, heel wat aan de hand zijn voordat art. 6:2 BW verjaringsregels terzijde kan stellen. Van Boom 2000, p. 61. Zie ook Hartlief 2001, p. 62, die schreef dat de Hoge Raad, omdat de rechtszekerheid in het geding is, heeft benadrukt dat bij het toepassen van art. 6:2 lid 2 BW terughoudendheid op haar plaats is en dat dit slechts in ‘uitzonderlijke’ gevallen is toegestaan.

<sup>13</sup> Heerma van Voss en Van der Heijden hebben erop gewezen dat de Hoge Raad met de hieronder te noemen lijst van gezichtspunten zijn terughoudendheid met het opzij zetten van verjaringstermijnen benadrukt. Heerma van Voss & Van der Heijden 2000, p. 1553.

<sup>14</sup> In paragraaf 2.5 is reeds naar voren gebracht dat A-G Spier al in 1998 had aangedrongen op het formuleren van een gezichtspuntencatalogus, hetgeen hij in de conclusie voor het arrest Van Hese/De Schelde heeft herhaald. De Hoge Raad heeft deze suggestie van de A-G overgenomen. In zijn NJ-noot onder het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2004 (De Jong/Optimodal), schreef Snijders dat de Hoge Raad in Van Hese/De Schelde de waarde van individuele gerechtigheid aan de zijde van de benadeelde en die van de rechtszekerheid en de billijkheid jegens de wederpartij zorgvuldig tegen elkaar heeft afgewogen. Dit mondde uit in een juridisch compromis: handhaving van de objectieve termijn, maar dan wel met de mogelijkheid om deze in uitzonderingsgevallen op grond

Deze catalogus zien we ook terug in andere arresten van de Hoge Raad. In het arrest Rouwhof/Eternit, dat op dezelfde dag is gewezen,<sup>15</sup> sprak de Hoge Raad namelijk een vergelijkbaar oordeel uit als in Van Hese/De Schelde. In Rouwhof/Eternit heeft de Hoge Raad voornoemde gezichtspuntencatalogus echter niet uitgewerkt, maar daarvoor verwezen naar het arrest Van Hese/De Schelde. Eenzelfde verwijzing treffen we aan in het arrest van de Hoge Raad van 20 oktober 2000.<sup>16</sup>

In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2004<sup>17</sup> (De Jong/Optimodal) was de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde ook van belang. In die procedure ging het in cassatie met name om de gezichtspunten e en g. Ten aanzien van gezichtspunt e overwoog de Hoge Raad dat het, gelet op de strekking van de verjaringstermijn, zeer in het algemeen de vraag aan de orde stelt of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren en dat daarbij niet van belang is door welke oorzaken bewijsmateriaal verloren is gegaan en of dit de aangesprokene valt toe te rekenen.

Met betrekking tot gezichtspunt g was in het cassatiemiddel het standpunt ingenomen dat, in aansluiting bij art. 3:310 lid 1 BW en het nieuwe lid 5,<sup>18</sup> ervan moet worden uitgegaan dat een termijn van vijf jaar in beginsel als

---

van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing te laten. De Hoge Raad heeft in Van Hese/De Schelde dus uitdrukkelijk niet gekozen van een strakke(re) regel, zoals een harde subregel of een vuistregel. Zie voor deze begrippen paragraaf 2.2.2. Vgl. in dit verband ook de noot van Bloembergen onder het arrest. De annotator schreef dat de Hoge Raad niet heeft gekozen voor een min of meer strakke regel, maar dat hij zonder nadere motivering de omstandigheden van het concrete geval beslissend acht voor het antwoord op de vraag of het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zie voorts Van Boom 2000, p. 64.

<sup>15</sup> HR 28 april 2000, NJ 2000, 431, m.nt. ARB. In dit arrest deed zich echter niet de situatie voor dat de rechtsvordering reeds was verjaard voordat de vordering kon worden ingesteld, zodat ook geen sprake was van een door de Hoge Raad bedoeld 'uitzonderlijk geval'. Zie over dit arrest onder andere Van Noord 2001, p. 64 en Van Eck 2000, p. 9. Zie ook uitgebreid en behoorlijk kritisch Van Dunné 2004, p. 793 e.v.

<sup>16</sup> JAR 2000/237.

<sup>17</sup> JAR 2004/289, m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2006, 228.

<sup>18</sup> Ik merk op dat art. 3:310 BW inmiddels is gewijzigd. In een (nieuw) vijfde lid is bepaald dat, in afwijking van de leden 1 en 2, een rechtsvordering tot vergoeding van schade door letsel of overlijden slechts verjaart door verloop van vijf jaren nadat de gelaedeerde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden. Dat betekent dat, in het geval van mesotheliom, het slachtoffer na het ontdekken van deze ziekte nog vijf jaar heeft om zijn (voormalig) werkgever aansprakelijk te stellen. Deze (nieuwe) regeling, die de absolute verjaringstermijn voor personenschade heeft afgeschaft, geldt voor schade die is veroorzaakt op of na 1 februari 2004, de dag waarop

redelijk moet worden aangemerkt. De Hoge Raad oordeelde dat het middel niet tot cassatie kan leiden, omdat het uitgangspunt niet juist is. Onder verwijzing naar Van Hese/De Schelde herhaalde de Hoge Raad de strekking van de verjaringsregeling, waarbij in het bijzonder van belang is dat art. 3:310 lid 2 BW de rechtszekerheid beoogt te dienen, alsmede het belang van de aangesprokene, aangezien bij het loslaten van de verjaringstermijn moeilijkheden zouden kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten. De Hoge Raad oordeelde dat het hof dan ook terecht had gewezen op het zwaarwegende belang van de aangesproken persoon bij een voortvarende aansprakelijkstelling na het aan het licht komen van de schade. Bovendien oordeelde de Hoge Raad dat het niet zo is dat de periode tot de oprichting van het Asbestinstituut en tot het arrest Van Hese/De Schelde buiten beschouwing moet worden gelaten bij het beantwoorden van de vraag of binnen een redelijke termijn tot aansprakelijkstelling en het instellen van een vordering tot schadevergoeding is overgegaan.

In het arrest van 25 november 2005<sup>19</sup> (Eternit/Horsting) ging de Hoge Raad in op de beoordeling van de aansprakelijkheid (hetgeen raakvlakken heeft met gezichtspunt c). De Hoge Raad oordeelde dat de vraag of Eternit onrechtmatig heeft gehandeld moet worden beoordeeld in het licht van de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan Eternit verweten gedragingen of nalatigheden.<sup>20</sup> Daar voegde de Hoge Raad aan toe dat vanaf het moment waarop binnen de maatschappelijke kring waartoe Eternit behoort, bekend moest worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, een verhoogde zorgvuldigheidsnorm had te gelden met het oog op de belangen van diegenen die zich bevinden in de directe nabijheid van een plaats waar met asbest wordt gewerkt.<sup>21</sup>

---

de Wet verjaring personenschade in werking is getreden. Dat betekent dat de 'oude' verjaringsregeling en daarmee de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde voorlopig nog van belang zullen blijven. Vgl. Snijders 2009, p. 64 en Hebly & Lindenberg 2013, p. 172. Zie hierover voorts Rb. Almelo 24 december 2008, JA 2009/49, waarin is overwogen dat de 'materiële inwerkingtreding' van art. 3:310 lid 5 BW eerst plaatsvindt op 1 februari 2024 (voor de absolute termijn van lid 1) en op 1 februari 2034 (voor de absolute termijn van lid 2). Ik wijs voorts op Rb. Roermond 7 april 2010, JA 2010/80, Rb. Rotterdam 6 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4042, Rb. Roermond 7 september 2011, JA 2011/193 en Hof Arnhem 20 december 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BV0374. Zie ook HR 26 november 2004, JAR 2004/289, r.o. 3.10.

<sup>19</sup> NJ 2009, 103, m.nt. I. Giesen. Zie over dit arrest De Vries 2006, p. 22 e.v.

<sup>20</sup> Zie ook reeds HR 2 oktober 1998, JAR 1998/228.

<sup>21</sup> Vgl. HR 17 februari 2006, JAR 2006/67. Zie voor een vergelijkbaar oordeel eerder al HR 25 juni 1993, JAR 1993/176 (Cijssouw/De Schelde).

In het arrest Eternit/Horsting ging het voorts om gezichtspunt f, dat de vraag aan de orde stelt of de aansprakelijkheid nog door verzekering is gedekt. Het cassatiemiddel betoogde dat, gelet op het feit dat Eternit niet verzekerd was, de weegschaal bij het door Horsting gedane beroep op de onaanvaardbaarheid van het beroep op verjaring, uiteindelijk in het voordeel van Eternit dient door te slaan. Naar aanleiding hiervan stelde de Hoge Raad (nogmaals) voorop dat de vraag of het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, naar alle omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld en dat de vraag of de aansprakelijkheid nog door verzekering is gedekt één van de gezichtspunten is die de rechter in zijn beoordeling dient te betrekken.

Naar aanleiding van de stelling dat de aanhangig gemaakte vordering niet (meer) door verzekering werd gedekt, is overwogen dat het hof in de stelling van Eternit, dat een bij toewijzing van de vordering van Horsting te verwachten toename van het aantal vorderingen de solvabiliteit van Eternit zal bedreigen, onvoldoende reden ziet om het beroep van Eternit op verjaring wel te honoreren. Het tegen deze overweging gerichte middel slaagt. De Hoge Raad overwoog dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting indien voornoemd oordeel aldus moet worden verstaan dat de omstandigheid dat Eternit niet verzekerd is, niet ter zake dienend is bij de beoordeling van haar beroep op verjaring. Deze omstandigheid is immers juist wel van belang, zo volgt uit de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogus. De Hoge Raad overwoog verder dat, voor het geval het hof wel van een juiste rechtsopvatting is uitgegaan, het oordeel van het hof onbegrijpelijk is. Het hof was in zijn motivering alleen ingegaan op de vraag of Eternit nog verzekerd was, aan welke factor doorslaggevende betekenis was toegekend. Dit aspect dient namelijk te worden afgewogen tegen alle andere relevante omstandigheden van het geval, zo vloeit uit de rechtspraak sinds Van Hese/De Schelde voort.

Deze rechtspraak is nog steeds van belang. Dat volgt uit het betrekkelijk recente arrest van de Hoge Raad van 26 november 2010,<sup>22</sup> waarin het cassatiemiddel met toepassing van art. 81 RO werd verworpen. A-G Wissink schreef in zijn conclusie voor dit arrest dat de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten, hoewel zij in de literatuur op onderdelen kritisch zijn besproken, overeind blijven staan.

---

<sup>22</sup> RvdW 2010, 1412.

### 5.3 De lagere rechtspraak

Sinds het arrest Van Hese/De Schelde van 28 april 2000 is met regelmaat geprocedeerd over de vraag of het door de aangesproken partij opgeworpen verjaringsverweer al dan niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.<sup>23</sup> Ik heb 58 (lagere) uitspraken aangetroffen, die ik alle in mijn onderzoek heb betrokken.<sup>24</sup> Teneinde in het onderstaande niet steeds te hoeven verwijzen naar de uitspraken van de verschillende instanties, met datum en vindplaats, zal in onderstaand schema worden aangegeven om welke uitspraken het gaat. De verwijzingen in het onderstaande corresponderen met de nummering uit het schema.

Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
1	Pres.Rb. Rotterdam	19 juni 2001	KG 2001, 190
2	Hof Den Bosch	21 augustus 2001	JAR 2001/186
3	Ktr. Middelburg	15 april 2002	JAR 2002/128
4	Hof Den Haag	24 juli 2002	Prg. 2002/5967
5	Ktr. Middelburg	5 augustus 2002	JAR 2002/253
6	Rb. Middelburg	11 september 2002	JAR 2003/11
7	Ktr. Amsterdam	8 mei 2003	JAR 2003/184
8	Pres.Rb. Almelo	22 mei 2003	Prg. 2003/6067
9	Pres.Rb. Dordrecht	17 juli 2003	KG 2003, 173
10	Hof Den Haag	25 juli 2003	NJF 2004, 28 <sup>25</sup>
11	Ktr. Helmond	24 september 2003	NJ 2004, 193
12	Hof Den Haag	14 november 2003	NJF 2004, 187
13	Rb. Rotterdam	10 maart 2004	NJF 2004, 311
14	Hof Den Haag	19 maart 2004	ECLI:NL:GHSGR:2004:AO9002
15	Hof Arnhem	13 april 2004	NJF 2004, 361
16	Hof Amsterdam	30 juni 2005	NJF 2005, 353

<sup>23</sup> Het gaat hier zowel om art. 7:658 BW-zaken, als om zaken waarin geen sprake was van een arbeidsovereenkomst. Dat doet zich bijvoorbeeld voor in het geval sprake is van zogenoemde thuisbesmetting, bijvoorbeeld omdat terreinen en paden zijn verhard met asbestresten of in het geval kleding van de betrokken werknemer thuis werd gereinigd. In alle gevallen moeten dezelfde gezichtspunten worden toegepast, waarbij het onderscheid werknemer/niet-werknemer van belang kan zijn voor bijvoorbeeld gezichtspunt c, de mate waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten. Zie daarvoor paragraaf 5.3.4.

<sup>24</sup> Wanneer alleen de in de JAR gepubliceerde uitspraken onder de loep zouden worden genomen, zou het aantal uitspraken te beperkt zijn om een goed beeld te krijgen van de wijze waarop in de lagere rechtspraak met de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde wordt omgegaan. Ik heb dan ook andere bronnen geraadpleegd. De hieronder te behandelen uitspraken zijn, naast de JAR, gepubliceerd in de NJ, NJF, JA, KG, Prg. en op rechtspraak.nl (ECLI). Hierbij zijn de uitspraken tot en met mei 2012 in het onderzoek betrokken.

<sup>25</sup> Dit arrest betreft het hoger beroep van uitspraak 3.

Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
17	Hof Leeuwarden	29 maart 2006	JA 2006/86
18	Ktr. Utrecht	12 april 2006	ECLI:NL:RBUTR:2006:AW2494
19	Hof Arnhem	27 februari 2007	JA 2007/65
20	Pres.Rb. Maastricht	16 april 2007	JA 2007/86
21	Rb. Amsterdam	16 mei 2007	JA 2007/114
22	Pres.Rb. Groningen	15 juni 2007	ECLI:NL:RBGRO:2007:BA7469
23	Hof Den Haag	22 juni 2007	ECLI:NL:GHSGR:2007:BB0853
24	Hof Den Haag	31 augustus 2007	NJF 2007, 507
25	Pres.Rb. Amsterdam	1 november 2007	JA 2008/10 <sup>26</sup>
26	Rb. Rotterdam	5 december 2007	ECLI:NL:RBROT:2007:BD7429
27	Pres.Rb. Roermond	20 februari 2008	NJF 2008, 164
28	Hof Den Bosch	25 maart 2008	JA 2008/96
29	Pres.Rb. Almelo	4 juni 2008	JA 2008/110
30	Rb. Almelo	5 november 2008	JA 2009/5
31	Hof Amsterdam	18 november 2008	NJF 2008, 521
32	Rb. Almelo	24 december 2008	JA 2009/49
33	Hof Leeuwarden	13 januari 2009	ECLI:NL:GHLEE:2009:BH2762 <sup>27</sup>
34	Rb. Rotterdam	14 januari 2009	ECLI:NL:RBROT:2009:BH1751
35	Pres.Rb. Middelburg	15 januari 2009	NJF 2009, 313
36	Ktr. Rotterdam	17 februari 2009	NJF 2009, 155
37	Rb. Amsterdam	24 juni 2009	NJF 2009, 374
38	Rb. Rotterdam	8 juli 2009	ECLI:NL:RBROT:2009:BL1548
39	Ktr. Rotterdam	21 juli 2009	ECLI:NL:RBROT:2009:BJ4403
40	Ktr. Almelo	25 augustus 2009	NJF 2009, 458
41	Ktr. Almelo	13 oktober 2009	NJF 2009, 480
42	Ktr. Leeuwarden	12 november 2009 <sup>28</sup>	JA 2010/18
43	Ktr. Middelburg	7 december 2009	ECLI:NL:RBMID:2009:BL1939
44	Hof Amsterdam	15 december 2009	ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3708 <sup>29</sup>
45	Hof Amsterdam	19 januari 2010	ECLI:NL:GHAMS:2010:BL3742
46	Ktr. Utrecht	3 februari 2010	JA 2010/48
47	Ktr. Roermond	10 februari 2010	ECLI:NL:RBROE:2010:BL3084
48	Rb. Roermond	7 april 2010	JA 2010/80
49	Rb. Almelo	28 april 2010	NJF 2010, 273
50	Rb. Rotterdam	26 mei 2010	ECLI:NL:RBROT:2010:BN0602
51	Rb. Rotterdam	29 september 2010	ECLI:NL:RBROT:2010:BO2658
52	Rb. Rotterdam	6 oktober 2010	ECLI:NL:RBROT:2010:BO4042
53	Ktr. Rotterdam	22 oktober 2010	ECLI:NL:RBROT:2010:BP8595

<sup>26</sup> Zie over deze uitspraak (kritisch) Vloemans 2008, p. 42.

<sup>27</sup> Dit arrest betreft het hoger beroep van uitspraak 22.

<sup>28</sup> De op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraak (ECLI:NL:RBLER:2009:BK4078) vermeldt '13 november 2009' als datum van de uitspraak.

<sup>29</sup> Zie voor een bespreking van dit arrest Smeehuijzen 2010, p. 49 e.v., alsmede Hulst 2012, p. 18 e.v.



Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
54	Ktr. Rotterdam	21 januari 2011	ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3062
55	Hof Den Haag	25 januari 2011	ECLI:NL:GHSGR:2011:BP1109 <sup>30</sup>
56	Hof Den Haag	25 januari 2011	NJF 2011, 122 <sup>31</sup>
57	Rb. Rotterdam	12 oktober 2011	NJF 2011, 473 <sup>32</sup>
58	Hof Den Haag	3 april 2012	JA 2012/118 <sup>33</sup>

Hieronder zullen deze vonnissen en arresten worden uitgewerkt, eerst in algemene zin en vervolgens per gezichtspunt.<sup>34</sup>

### 5.3.1 Algemeen

Ahsmann heeft beschreven dat het soms nuttig kan zijn om de toepasselijke norm in de rechterlijke uitspraak op te nemen. Zij schreef dat dit het geval is indien de norm verhelderend werkt.<sup>35</sup> Dat lijkt bij een gezichtspuntencatalogus als de onderhavige in de regel het geval te zijn. In veel lagere rechtspraak waarin de gezichtspuntencatalogus aan de orde is, wordt ook daadwerkelijk naar het arrest Van Hese/De Schelde verwezen, door het noemen van de naam van het arrest, door het noemen van de datum van het arrest en de vindplaats<sup>36</sup> dan wel door een combinatie daarvan. In 52 van de 58 uitspraken is het arrest Van Hese/De Schelde genoemd, terwijl in 42 uitspraken de gezichtspuntencatalogus ook daadwerkelijk is opgenomen.<sup>37</sup> In een beperkt aantal uitspraken is ook ingegaan op de rechtspraak die in aansluiting op Van Hese/De Schelde is gewezen.<sup>38</sup>

<sup>30</sup> Dit arrest betreft het hoger beroep van uitspraak 36.

<sup>31</sup> Dit arrest betreft het hoger beroep van uitspraak 38.

<sup>32</sup> Zie over deze uitspraak Hulst 2012, p. 20. Het vonnis is, anders dan de auteur vermeldt, niet van 22 oktober 2011, maar van een jaar eerder.

<sup>33</sup> Met noot E.H. Hulst in TGMA juni 2012, p. 96 e.v.

<sup>34</sup> Vgl. voor een bespreking van de afzonderlijke gezichtspunten ook De Lang & Van 2012, 2075-101 e.v., Van Boom 2000, p. 64 e.v., Hartlief 2001, p. 64 e.v., Smeehuijzen 2005, p. 55 e.v., Smeehuijzen 2006, p. 63 e.v. en Smeehuijzen 2008, p. 258 e.v.

<sup>35</sup> Ahsmann 2011, p. 197.

<sup>36</sup> De Kantonrechter Middelburg verwees in zijn vonnis van 7 december 2009 (uitspraak 43) naar NJ 2000, 431 in plaats van naar NJ 2000, 430, terwijl wel de naam 'De Schelde' werd genoemd. Het eerst genoemde arrest betreft de zaak Rouwhof/Eternit. In dat arrest heeft de Hoge Raad de relevante gezichtspunten niet opgesomd, maar daarvoor heeft hij verwezen naar het arrest Van Hese/De Schelde.

<sup>37</sup> Het Hof Amsterdam verwees in uitspraak 16 voor de gezichtspuntencatalogus naar het vonnis in eerste aanleg.

<sup>38</sup> Zie voor die arresten paragraaf 5.2.1.

Uit de in het arrest Van Hese/De Schelde gekozen formulering blijkt dat de gezichtspuntencatalogus niet limitatief is.<sup>39</sup> De Hoge Raad overwoog namelijk dat de vraag of toepassing van de verjaringstermijn van 30 jaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, met inachtneming van *alle* omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld en dat de lagere rechter er blijk van moet geven in ieder geval de genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken. Het spreekt voor zich dat er meer relevante feiten en omstandigheden denkbaar zijn dan in de catalogus van de Hoge Raad zijn genoemd. In diverse uitspraken van lagere rechters komt het niet-limitatieve karakter van de onderhavige gezichtspuntencatalogus ook met zoveel woorden tot uitdrukking.<sup>40</sup> Dat gebeurt soms door te wijzen op het enuntiatieve karakter,<sup>41</sup> waaronder kan worden verstaan dat de Hoge Raad een opsomming van voorbeelden geeft, maar dat niet alle mogelijk toepasbare factoren worden genoemd. Met andere woorden, de Hoge Raad noemt weliswaar gezichtspunten, maar dat wil niet zeggen dat daarbuiten niet ook andere feiten en omstandigheden van belang kunnen zijn. Dat in sommige uitspraken ook daadwerkelijk andere relevante omstandigheden een rol spelen, waarvoor het arrest van de Hoge Raad ook duidelijk ruimte laat, zal in paragraaf 5.3.9 aan de orde komen.

Voorts is van belang dat de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde volledig imperatief is, hetgeen wil zeggen dat de lagere rechter alle genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling moet betrekken.<sup>42</sup> De Hoge Raad heeft dat ook uitdrukkelijk overwogen en dit imperatieve karakter wordt in de

---

<sup>39</sup> Waaroever ook Hebly & Lindenberg 2013, p. 163.

<sup>40</sup> Dat is bijvoorbeeld het geval in uitspraak 33, waarin het Hof Leeuwarden overwoog dat de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde een niet-limitatieve opsomming is. In gelijke zin het Hof Den Haag (uitspraak 55), dat overwoog dat de gezichtspuntencatalogus geen limitatieve opsomming bevat, nu alle omstandigheden dienen te worden meegewogen. Dat de Rechtbank Rotterdam (in uitspraak 38) voorop stelde dat het aspect van de verjaring moet worden beoordeeld aan de hand van de zeven gezichtspunten die de Hoge Raad in Van Hese/De Schelde heeft geformuleerd, is dan ook niet juist. Het ziet eraan voorbij dat ook andere omstandigheden van belang kunnen zijn.

<sup>41</sup> Zo overwoog het Hof Den Bosch (uitspraak 2): ‘Naast het element van strijd met art. 6 EVRM, kunnen concrete omstandigheden zoals door de Hoge Raad enuntiatief in gezichtspunten opgesomd (...) betekenis hebben bij het oordeel van bedoelde (on)aanvaardbaarheid.’

<sup>42</sup> Dat hier procesrechtelijke beperkingen aan zijn verbonden is in het vorige hoofdstuk aan de orde gekomen.

lagere rechtspraak dan ook regelmatig benoemd, waarbij de overwegingen van de Hoge Raad vaak letterlijk worden overgenomen.<sup>43</sup>

In de meeste uitspraken wordt het imperatieve karakter onderkend, hetgeen blijkt uit het feit dat de rechter in de regel alle gezichtspunten uit de catalogus behandelt.<sup>44</sup> In 41 van de 58 uitspraken zijn alle gezichtspunten aan de orde gekomen. In sommige uitspraken was dat niet geval. Dat kan verschillende redenen hebben. Een mogelijkheid is bijvoorbeeld dat bij de procedure in hoger beroep slechts grieven zijn gericht tegen het oordeel van de lagere rechter ten aanzien van één of enkele gezichtspunten. Daardoor kan het zijn dat niet alle gezichtspunten in appel even uitdrukkelijk aan de orde hoeven te komen.<sup>45</sup> Ook is denkbaar dat de rechter nog onvoldoende informatie heeft om zich over bepaalde gezichtspunten uit te laten,<sup>46</sup> bijvoorbeeld omdat niet aan de stelplicht is voldaan.<sup>47</sup>

Hoewel de Hoge Raad expliciet oordeelde dat de vraag of het beroep op verjaring wel of niet toelaatbaar is met inachtneming van alle omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld en dat de rechter er blijk van moet geven de zeven genoemde gezichtspunten in zijn beoordeling te hebben betrokken, zijn er toch uitspraken waarin de rechter beslissende betekenis heeft toegekend aan slechts één<sup>48</sup> of enkele gezichtspunten,<sup>49</sup> waarbij de overige uit Van Hese/De Schelde afkomstige gezichtspunten zijn genegeerd. Dat is niet in overeenstemming met het door de Hoge Raad gecreëerde toetsingskader. Terecht overwoog het Hof Den Haag in zijn arrest van 25 januari 2011<sup>50</sup> dan ook dat het gaat om het totaalbeeld van alle relevante omstandigheden van het geval.

In de arresten Van Hese/De Schelde en Rouwhof/Eternit heeft de Hoge Raad vooropgesteld dat doorbreking van de absolute verjaringstermijn niet zomaar aan de orde is, omdat in beginsel strikt de hand moet worden gehouden aan de

---

<sup>43</sup> Met name Smeehuijzen heeft zich tegen het imperatieve karakter van de gezichtspunten-catalogus verzet. Vgl. Smeehuijzen 2005, p. 49 e.v., Smeehuijzen 2006, p. 62, Smeehuijzen 2008, p. 257 en Smeehuijzen 2010, p. 50.

<sup>44</sup> Aldus ook Hebly & Lindenberg 2013, p. 171.

<sup>45</sup> Dat was bijvoorbeeld het geval in uitspraak 10.

<sup>46</sup> Daarvan was sprake in de uitspraken 26 en 27.

<sup>47</sup> Vgl. uitspraak 19.

<sup>48</sup> Zie voor voorbeelden de uitspraken 12, 14, 15, 42 en 48. In deze uitspraken werd gezichtspunt g drie keer doorslaggevend geacht en de gezichtspunten c en e ieder één keer.

<sup>49</sup> Vgl. de uitspraken 10, 27 en 40.

<sup>50</sup> Uitspraak 55.

wettelijke verjaringstermijnen. In uitzonderlijke gevallen zal dit echter onaanvaardbaar kunnen zijn. De Hoge Raad overwoog in dit verband dat een zodanig uitzonderlijk geval zich kan voordoen wanneer (a) onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken (de blootstelling aan asbest) inderdaad tot de schade (de ziekte mesothelioom) zal leiden, (b) die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en (c) de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken.<sup>51</sup>

In de lagere rechtspraak wordt dit criterium ook regelmatig overgenomen, bijvoorbeeld door het Hof Den Haag in zijn arrest van 25 januari 2011,<sup>52</sup> waarin is overwogen dat het feit dat de ziekte pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken meebrengt dat zich een uitzonderlijk geval waarin sprake is van onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:2 lid 2 BW *kan* voordoen. Dat is, zo vervolgde het hof, iets anders dan dat zich alsdan een geval van onaanvaardbaarheid *zal* voordoen.

Het Hof Amsterdam heeft de hiervoor onder (c) genoemde voorwaarde ietwat opgerekt.<sup>53</sup> Naar het oordeel van het hof kan een beroep op verjaring van de vordering niet uitsluitend onaanvaardbaar zijn indien de ziekte pas kon worden ontdekt nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken, maar ook indien het slachtoffer zeer kort voor het verstrijken van de absolute verjaringstermijn met zijn ziekte wordt geconfronteerd. Ook in zo'n geval kan, althans naar het oordeel van het Hof Amsterdam, de 'alle omstandigheden van het geval-toets' worden uitgevoerd.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Toepassing van dit criterium leidde in de zaak Rouwhof/Eternit tot de conclusie dat de vordering bij het aan het licht komen van de ziekte mesothelioom (nog) niet verjaard was, zodat het door de Hoge Raad beschreven 'uitzonderlijke geval' zich hier niet voordeed. Aan toepassing van de gezichtspuntencatalogus kon dan ook niet worden toegekomen. Zie in dit verband voetnoot 15.

<sup>52</sup> Uitspraak 55. Zie in gelijke zin uitspraak 56. De lat voor doorbreking van de verjaringstermijn ligt dan ook bepaald hoog, zo overwoog het Hof Den Haag in deze twee uitspraken.

<sup>53</sup> Uitspraak 44. Het arrest Van Hese/De Schelde biedt hiervoor ook de ruimte, aangezien uit dit arrest lijkt voort te vloeien dat er nog andere uitzonderlijke gevallen mogelijk zijn waarin toepassing van art. 6:2 lid 2 BW aangewezen is. Zie hierover Faure & Hartlief 2002, p. 42.

<sup>54</sup> Anders: Van Eck 2000, p. 9, die schreef dat het erop lijkt dat de Hoge Raad alleen gevallen waarin de ziekte zich geopenbaard heeft nadat de vordering verjaard is als uitzonderlijk beschouwd. Wel ruimte 'aan de voorkant' wordt aanwezig geacht door Hartlief, Hijma & Snijders 2009a, p. 9. Zie ook Hartlief 2001, p. 64.

De Hoge Raad heeft in zijn rechtspraak niet aangegeven hoe de verschillende gezichtspunten tegenover elkaar moeten worden afgewogen en wat het relatieve gewicht van de verschillende factoren is,<sup>55</sup> waardoor de Hoge Raad onzekerheid heeft laten bestaan.<sup>56</sup> Deze afweging wordt dus geheel aan de lagere rechtspraak overgelaten. Hieronder zullen we zien dat de wijze waarop hiermee wordt omgegaan niet steeds dezelfde is.

Toepassing van de hiervoor bedoelde maatstaf heeft in 19 van de 58 gevallen tot doorbreking van de verjaringstermijn geleid,<sup>57</sup> terwijl het oordeel in 35 zaken luidde dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was.<sup>58</sup> In een viertal uitspraken kon nog geen beslissing worden gegeven, bijvoorbeeld omdat eerst nog nadere informatie nodig was voordat een oordeel kon worden gevormd.<sup>59</sup>

Hieruit volgt dat het beroep op doorbreking van de verjaringstermijn in 35% van de gevallen slaagt en dat dat in 65% van de zaken niet het geval is.<sup>60</sup> De stelling van Smeehuijzen, dat inmiddels blijkt dat geen ongebreideld doorbreken van de absolute verjaringstermijn plaatsvindt,<sup>61</sup> wordt door deze cijfers ondersteund.<sup>62</sup>

In een drietal gevallen is het oordeel, dat het beroep van de aangesprokene op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was, opgenomen in een obiter dictum, een overweging ten overvloede.<sup>63</sup> In die zaken oordeelde de rechter dat van aansprakelijkheid geen sprake was, maar dat de vordering, ook al zou wel aansprakelijkheid zijn aangenomen, zou zijn afgewezen, aangezien het beroep op verjaring toelaatbaar zou zijn geweest. De reden van een overweging ten overvloede kan gelegen zijn in het (extra)

---

<sup>55</sup> Zie hierover ook paragraaf 2.7.2.

<sup>56</sup> Van der Grinten/ Bouwens & Duk 2011, p. 250. Zie nader paragraaf 5.4.

<sup>57</sup> Dat was het geval in de uitspraken 4, 8, 9, 10, 13, 15, 19, 20, 22, 28, 29, 35, 37, 47, 50 tot en met 53 en 58.

<sup>58</sup> Zie daarvoor de uitspraken 1, 2, 3, 5, 6, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 21, 23, 24, 25, 27, 30 tot en met 34, 36, 38, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 49 en 54 tot en met 57.

<sup>59</sup> Zie de uitspraken 7, 26, 39 en 43.

<sup>60</sup> De vier uitspraken waarin de rechter nog niet tot een inhoudelijke beoordeling kon komen, zijn in de berekening van deze percentages niet meegenomen.

<sup>61</sup> Smeehuijzen 2010, p. 50.

<sup>62</sup> Van Drongelen c.s. schreef reeds in 2006 dat inmiddels wel duidelijk is geworden dat de lagere rechters een beroep op verjaring niet snel onaanvaardbaar vinden. Vgl. Van Drongelen 2006, p. 89. Zie ook Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 251, waar is geschreven dat het beroep op verjaring vaak niet onaanvaardbaar wordt geacht.

<sup>63</sup> Zie hiervoor de uitspraken 40, 41 en 46, waarbij de eerste twee uitspraken van de Kantonrechter Almelo zijn en de laatste van de Kantonrechter Utrecht.

aanvaardbaar maken van de beslissing voor het slachtoffer of diens nabestaanden.<sup>64</sup>

### 5.3.2 Gezichtspunt a

Wanneer de absolute verjaringstermijn is verstreken en de aangesproken partij zich daarop beroept,<sup>65</sup> komt men toe aan de beantwoording van de vraag of dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De vraag of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat (immateriële schade of smartengeld)<sup>66, 67</sup> en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde, is het eerste gezichtspunt dat in de beoordeling moet worden betrokken.

In 47 van de 58 onderzochte uitspraken is ook daadwerkelijk aandacht aan dit gezichtspunt besteed. Uit enkele uitspraken volgt dat de rechter niet aan de bespreking van gezichtspunt a is toegekomen, bijvoorbeeld omdat een ander gezichtspunt doorslaggevend werd geacht<sup>68</sup> of omdat een beoordeling bij gebrek aan informatie (nog) niet mogelijk was.<sup>69</sup> In weer andere uitspraken is het gezichtspunt achterwege gelaten, zonder dat daar – op basis van de desbetreffende uitspraken – een verklaring voor kan worden gegeven.

Het eerste aspect dat beoordeeld moet worden betreft de aard van de schade. Wordt vergoeding gevorderd van vermogensschade, van immateriële schade of van beide? Het aantal zaken waarin uitsluitend vergoeding van vermogensschade wordt gevorderd is beperkt.<sup>70</sup> Het aantal gevallen waarin het uitsluitend

<sup>64</sup> Vgl. bijvoorbeeld Smits 2008, p. 153.

<sup>65</sup> Uit art. 3:322 lid 1 BW volgt dat de rechter het middel van verjaring niet ambtshalve mag toepassen.

<sup>66</sup> Spier 2009, nr. 202.

<sup>67</sup> Zie voor dit onderscheid de artt. 6:95, 96 en 106 BW.

<sup>68</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraken 12, 14, 15 en 48.

<sup>69</sup> Zoals in de uitspraken 26 en 43.

<sup>70</sup> Zie voor voorbeelden de uitspraken 17, 18 en 33. Ook in deze zaken dient aan de hand van de gezichtspuntencatalogus te worden beoordeeld of het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het oordeel van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Almelo van 20 november 2008, JA 2009/6, dat de Hoge Raad in het arrest Van Hese/De Schelde slechts een uitzondering heeft willen maken voor zover het betrekking heeft op immateriële schade, lijkt mij dan ook onjuist. Zie voor een vergelijkbaar oordeel Rb. Almelo 28 april 2010 (uitspraak 49). Ik merk nog op dat in zaken waarin sprake is van mesothelioom niet of nauwelijks sprake zal zijn van verlies aan arbeidsvermogen, omdat de schade in verband met de (zeer) lange incubatietijd veelal pas intreedt nadat het werkend leven van het slachtoffer reeds door pensioen of vervroegd uittreden afgelopen is. Vgl. Giesen, Kamminga & Barendrecht

of in overwegende mate ging om immateriële schade is aanmerkelijk groter.<sup>71</sup> De gevallen waarin zowel aanspraak werd gemaakt op vergoeding van vermogensschade als op vergoeding van smartengeld hebben echter de overhand.<sup>72</sup>

De vraag rijst of in het geval vergoeding van zowel vermogensschade als immateriële schade wordt gevorderd, nog van belang is hoe beide schadebedragen zich tot elkaar verhouden. Daarover wordt in de lagere rechtspraak verschillend gedacht. In dit verband wijs ik allereerst op het vonnis van de Kantonrechter Rotterdam van 22 oktober 2010.<sup>73</sup> De gedaagde partij had er in deze procedure op gewezen dat een bedrag van € 1.295,74 ter zake van materiële schade werd gevorderd en een bedrag van € 50.785,00 aan smartengeld. Zij had daaraan toegevoegd dat vergoeding van immateriële schade een minder hoge prioriteit heeft dan vergoeding van vermogensschade en dat gezichtspunt a daarom ten nadele van de eisende partij diende te strekken. Dit betoog werd door de kantonrechter niet gevolgd. Hij overwoog dat, nu de eisende partij zowel vergoeding van materiële schade als van immateriële schade had gevorderd, er geen grond bestaat om het verschil in hoogte van de gevorderde bedragen van invloed te laten zijn op de beoordeling.

Het Hof Den Haag lijkt in zijn arrest van 25 januari 2011<sup>74</sup> tot een andere beoordeling van dit aspect te komen. Zo expliciet als de Kantonrechter Rotterdam is het hof niet, maar wel werd gewezen op het grote verschil tussen de gevorderde bedragen. Het hof overwoog namelijk dat de vordering ter zake van de vererfde schadecomponenten voornamelijk immateriële schade (€ 50.000,00) betreft en ‘slechts in zeer beperkte mate’ vermogensschade (€ 1.213,55). Hiermee laat het hof doorschemeren dat het bij de beoordeling wel degelijk rekening houdt met het verschil in hoogte van de verschillende schadeposten, hetgeen overigens wordt ondersteund door de weging van dit gezichtspunt door het hof. Geoordeeld werd dat dit gezichtspunt, zo het al gewicht in de schaal legt ten gunste van doorbreking van de verjaring, in de totale weging van zeer beperkt gewicht is.

---

2001, p. 145-146. Verlies aan arbeidsvermogen is in veel letselschadezaken één van de grootste posten van materiële schade.

<sup>71</sup> Uitspraken 6, 8, 16, 21, 23, 24, 27, 31, 34, 44 en 54.

<sup>72</sup> Zo blijkt uit de uitspraken 1, 3, 9, 12, 20, 22, 30, 35, 38, 45, 47, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57 en 58. Ik merk op dat uit de overige uitspraken niet duidelijk blijkt op vergoeding van wat voor soort schade aanspraak werd gemaakt.

<sup>73</sup> Uitspraak 53.

<sup>74</sup> Uitspraak 55.

Hoewel de Hoge Raad bij de formulering van de onderhavige gezichtspunten-catalogus niet duidelijk heeft gemaakt, welke partij (welke gezichtspunten) moet stellen en bewijzen, komt in enkele lagere uitspraken naar voren dat het aan het slachtoffer dan wel diens nabestaanden is om de gestelde materiële schade te onderbouwen. Wordt dat nagelaten, dan zal de rechter er in beginsel vanuit gaan dat de vordering uitsluitend strekt tot vergoeding van smartengeld.<sup>75</sup> Het niet of onvoldoende onderbouwen van de vordering ter zake van vermogensschade wordt aldus ten nadele van de eisende partij uitgelegd.<sup>76</sup> Er zijn ook uitspraken waarin voor een meer (slachtoffer)vriendelijke oplossing is gekozen. De rechter kan namelijk ook oordelen dat er nog onvoldoende informatie beschikbaar is om gezichtspunt a in de beoordeling te kunnen betrekken en dat de partij die schadevergoeding vordert (alsnog) in de gelegenheid wordt gesteld om die informatie te presenteren.<sup>77</sup>

Een volgend aspect dat bij toepassing van gezichtspunt a aan de orde komt, betreft de vraag aan wie de gevorderde schadevergoeding ten goede komt. Is dat het slachtoffer zelf, diens nabestaanden of een derde? Hoewel de Hoge Raad niet heeft aangegeven op welke wijze deze factor dient bij te dragen aan de uiteindelijke besluitvorming,<sup>78</sup> is de lagere rechtspraak betrekkelijk eenduidig. Dat ligt op zichzelf voor de hand; immers, hoe verder de (rechts)persoon aan wie de schadevergoeding toekomt verwijderd staat van het oorspronkelijke slachtoffer, des te minder reden bestaat er voor doorbreking van de verjarings-termijn.

Het meeste gewicht in de schaal legt het geval waarin de schadevergoeding toekomt aan het slachtoffer zelf.<sup>79</sup> Dat is, ondanks de korte tijd die mesotheliompatiënten na het stellen van de diagnose nog gegund is,<sup>80</sup> in

---

<sup>75</sup> Zie voor een dergelijk oordeel de uitspraken 10, 23, 30, 37, 45, 46 en 49.

<sup>76</sup> Zie ook uitspraak 38, waarin de Rechtbank Rotterdam oordeelde dat het feit dat de eisende partij onvoldoende informatie had verschaft over haar financiële positie tot gevolg had dat gezichtspunt a slechts beperkt gewicht in de schaal legt ten behoeve van doorbreking van de verjaringstermijn.

<sup>77</sup> Aldus Rb. Rotterdam 5 december 2007 (uitspraak 26), die de zaak naar de rol verwees voor het nemen van een akte en in gelijke zin Ktr. Middelburg 7 december 2009 (uitspraak 43).

<sup>78</sup> Waarover Wolters 2013, p. 32.

<sup>79</sup> Dat wil uiteraard niet zeggen dat het beroep op verjaring zeker zal worden gehonoreerd indien de schadevergoeding niet aan het slachtoffer zelf ten goede komt, maar aan zijn nabestaanden. Dit werd betoogd in de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Den Haag van 25 juli 2003 (uitspraak 10), maar het hof volgde de aangesproken partij niet in dit betoog.

<sup>80</sup> Vgl. voetnoot 3.



redelijk wat uitspraken aan de orde. Het gaat om 15 van de 58 uitspraken.<sup>81</sup> Zo overwoog de Kantonrechter Rotterdam bij vonnis van 21 juli 2009<sup>82</sup> dat de gevraagde vergoeding ten gunste komt van het slachtoffer zelf, zodat er geen enkele reden bestaat op grond waarvan kan worden gezegd dat dit gezichtspunt in de weg zou staan aan doorbreking van de verjaringstermijn. In gelijke zin oordeelde de Kantonrechter Roermond op 10 februari 2010.<sup>83</sup> Hij overwoog dat de gevorderde schadevergoeding aan de eiser zelf ten goede komt. Daaraan voegde de kantonrechter toe dat, indien deze situatie wordt afgezet tegen de situatie dat de schadevergoeding niet aan het slachtoffer zelf noch aan de nabestaanden ten goede komt, dat spreekt vóór doorbreking van de verjaringstermijn.

Het behoeft geen betoog dat hoe langer een procedure duurt, hoe kleiner de kans wordt dat het slachtoffer zelf de uiteindelijke beslissing van de rechter zal meemaken, zeker wanneer na een kort geding een bodemprocedure wordt gestart of wanneer van een vonnis in eerste aanleg hoger beroep wordt ingesteld. In een groot aantal zaken kwam aan de orde dat de eventuele schadevergoeding aan de nabestaanden van het slachtoffer ten goede zou komen,<sup>84</sup> bijvoorbeeld omdat het slachtoffer hangende de procedure kwam te overlijden. In de rechtspraak zien we terug dat dit gegeven geen aanleiding vormt om gezichtspunt a anders te waarderen.<sup>85</sup> Zou dat wel zo zijn, dan zou het (welbewust) rekken van de procedure in het voordeel van de aangesproken partij kunnen werken.<sup>86</sup>

De vraag rijst of in het kader van dit gezichtspunt onderscheid moet worden gemaakt tussen de echtgeno(o)t(e) en de eventuele kinderen van het overleden slachtoffer enerzijds en andere erfgenamen anderzijds, zoals bijvoorbeeld neven en nichten die door vooroverlijden van hun (eigen) ouders erfgenaam van het slachtoffer zijn geworden. Uit de rechtspraak zou inderdaad kunnen worden afgeleid dat hoe dichter de eisers bij het slachtoffer stonden, des te meer dit pleit voor doorbreking van de verjaringstermijn. Met name blijkt dit

---

<sup>81</sup> Zie de uitspraken 1, 8, 9, 20, 21, 22, 28, 31, 33, 35, 37, 39, 47, 57 en 58.

<sup>82</sup> Uitspraak 39.

<sup>83</sup> Uitspraak 47.

<sup>84</sup> Zie de uitspraken 13, 16, 18, 24, 27, 30, 36, 38, 40, 41, 44, 45, 49, 53, 54, 55 en 56. Vgl. ook Joustra 2000, p. 106, die schreef dat het hem onwaarschijnlijk voorkomt dat de aangesprokene enige kans van slagen maakt met het verweer dat de vergoeding niet aan het slachtoffer zelf toekomt, maar aan diens erfgenamen; in geval van mesotheliom zullen het immers altijd, zo voegde de auteur toe, de erfgenamen zijn die baat bij de schadevergoeding hebben.

<sup>85</sup> Uitspraken 28, 50, 51 en 58.

<sup>86</sup> Zie hierover uitspraak 38.

uit enkele Rotterdamse uitspraken,<sup>87</sup> waarin werd overwogen dat de nabestaande aan wie de schadevergoeding toekomt geen willekeurige erfgenaam is, maar de weduwe van het slachtoffer met wie het slachtoffer in gezinsverband heeft samengeleefd en aan wie hij de schadevergoeding kennelijk ook ten goede heeft willen laten komen.

Ook valt te wijzen op verschillende uitspraken waaruit volgt dat de situatie waarin de schadevergoeding aan het slachtoffer zelf toekomt en de situatie waarin het de nabestaanden zijn die de vergoeding krijgen uitgekeerd, (vrijwel) op één lijn moeten worden gesteld. Dat is gegrond op de zeer korte levensverwachting nadat de diagnose mesothelioom is gesteld, waardoor het maar zelden zal voorkomen dat het slachtoffer zelf (ten volle) van de schadevergoeding zal profiteren.<sup>88</sup> De omstandigheid dat de schadevergoeding aan de nabestaanden moet worden uitgekeerd dient, blijkens deze rechtspraak, dan ook niet mee te wegen in het voordeel van de partij die zich op verjaring beroept.<sup>89</sup>

Niet alle rechters denken er aldus over. In het vonnis van de Kantonrechter Rotterdam van 17 februari 2009<sup>90</sup> werd overwogen dat de gevorderde schadevergoeding niet meer aan het slachtoffer zelf toekomt, maar aan diens nabestaanden. De kantonrechter oordeelde dat deze omstandigheid ten nadele van eiseres (de weduwe van het slachtoffer) pleit.<sup>91</sup>

Zeker wanneer nabestaanden van het slachtoffer vergoeding vorderen van smartengeld (voor leed dat het slachtoffer is overkomen),<sup>92</sup> volgt uit de lagere rechtspraak dat dat niet zonder meer voor doorbreking van de verjaringstermijn pleit.<sup>93</sup> In een aantal Middelburgse uitspraken is in dit verband overwogen dat de immateriële schadevergoeding niet bedoeld is ter compensatie voor het leed van de nabestaanden zelf.<sup>94</sup>

Een categorie van heel andere orde betreft de gevallen waarin de schadevergoeding niet aan het slachtoffer zelf, noch aan diens nagelaten betrekkingen toekomt, maar aan een derde. In het arrest van het Hof Leeuwarden van 29 maart 2006<sup>95</sup> ging het om de vordering van gesubrogeerde

---

<sup>87</sup> Zie de uitspraken 50 tot en met 53.

<sup>88</sup> Bijvoorbeeld de uitspraken 38 en 53.

<sup>89</sup> Vgl. de uitspraken 38, 53 en 57.

<sup>90</sup> Uitspraak 36.

<sup>91</sup> In vergelijkbare zin uitspraak 41.

<sup>92</sup> Het is dan wel noodzakelijk dat het slachtoffer bij leven aanspraak op vergoeding van immateriële schade heeft gemaakt, vgl. art. 6:106 lid 2 BW.

<sup>93</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraken 23 en 24.

<sup>94</sup> Aldus de uitspraken 3, 5 en 6.

<sup>95</sup> Uitspraak 17.

verzekeraars en in het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 3 februari 2010<sup>96</sup> was een regresvordering van de Sociale Verzekeringsbank aan de orde. Zoals Engelhard heeft beschreven, lijkt de mogelijkheid van doorbreking van de verjaringstermijn in regressituaties weinig kans op succes te hebben.<sup>97</sup>

Resumerend: uit de onderzochte rechtspraak vloeit voort dat aan een vordering tot vergoeding van vermogensschade in de regel meer gewicht wordt toegekend dan aan een vordering strekkende tot het verkrijgen van smartengeld.<sup>98</sup> Wanneer de schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf dan wel aan zijn nabestaande(n) met wie hij in gezinsverband heeft geleefd, is dat in de regel een argument voor doorbreking van de verjaringstermijn.<sup>99</sup> Tegen doorbreking pleit overduidelijk de situatie waarin de vergoeding voor een regresnemer bestemd is.

Wanneer alle onderzochte rechtspraak wordt gezien, luidt de conclusie dat aan gezichtspunt a in de regel niet al te veel gewicht wordt toegekend.<sup>100</sup> Weliswaar werd in de uitspraken 3 en 5 (beide van de Kantonrechter Middelburg) geoordeeld dat het gezichtspunt zwaar woog, maar uit de recentere rechtspraak blijkt vaak dat het gezichtspunt slechts in beperkte mate van invloed is op het antwoord op de vraag of doorbreking van de verjaringstermijn gerechtvaardigd is.<sup>101</sup> In verschillende uitspraken is overigens overwogen dat het gezichtspunt in de beoordeling als neutraal is meegenomen, hetgeen wil zeggen dat het noch ten voordele van de eiser noch ten voordele van de gedaagde strekt.<sup>102</sup> Van de 47 zaken waarin gezichtspunt a in de oordeelsvorming is

---

<sup>96</sup> Uitspraak 46.

<sup>97</sup> Engelhard 2003, p. 330. Bloembergen schreef reeds in zijn noot onder het arrest Van Hese/De Schelde te verwachten dat de rechtspraak ten aanzien van regresnemers zeer terughoudend zal zijn met het buiten toepassing laten van de verjaringstermijn. Ik wijs ook op Wolters 2013, p. 184. Wolters schreef dat de omstandigheid dat een gesubrogeerd verzekeraar de vordering instelt, tegen beperking van de verjaring pleit.

<sup>98</sup> Zie ook Bloembergen in zijn noot onder het arrest Van Hese/De Schelde, alsmede De Lang & Van 2012, 2075-102. Anders: Hartlief 2001, p. 65, met verwijzing naar andere literatuur. Zie ook Faure & Hartlief 2002, p. 43.

<sup>99</sup> Zie ook Hebly & Lindenbergh 2013, p. 163.

<sup>100</sup> Zie hierover ook Smeehuijzen 2005, p. 55.

<sup>101</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraken 31, 39, 47, 55 en 56.

<sup>102</sup> Vgl. de uitspraken 50 tot en met 53 en 57. Ik merk op dat dit alle Rotterdamse uitspraken zijn. In sommige gevallen is echter niet te achterhalen waarom sprake is van een neutrale weging. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 12 oktober 2011 (uitspraak 57). De rechtbank overwoog: 'Indien Wilton-Fijenoord in deze procedure wordt veroordeeld tot betaling van schadevergoeding komt die vergoeding (...) aan Schippers [de dochter van het slachtoffer, JQ] zelf ten goede. Hierbij zij opgemerkt dat, gelet op de korte levensverwachting van de slachtoffers van mesothelioom nadat de diagnose is gesteld, het zelden zal voorkomen dat het slachtoffer (ten volle) van de schadevergoeding zal

betrokken, heeft het gezichtspunt in 16 gevallen in meer of mindere mate bijgedragen aan doorbreking van de verjaringstermijn,<sup>103</sup> in 21 gevallen pleitte dit gezichtspunt tegen doorbreking,<sup>104</sup> terwijl de weging in zes zaken neutraal was.<sup>105</sup> Uit vier uitspraken blijkt niet of het gezichtspunt nu ten voordele van de eiser of de gedaagde (of geen van beiden) strekt.<sup>106</sup> Kortom, een niet erg eenduidig beeld.

### 5.3.3 Gezichtspunt b

Het tweede gezichtspunt dat de rechter in zijn beoordeling dient te betrekken betreft de vraag in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak uit anderen hoofde bestaat. In 49 van de 58 onderzochte uitspraken is op dit gezichtspunt ingegaan.

Op het eerste gezicht lijkt het voor de hand te liggen dat, wanneer het slachtoffer dan wel diens nabestaanden via andere weg (gedeeltelijke) schadevergoeding hebben ontvangen, dit tegen doorbreking van de verjaringstermijn pleit, terwijl dat niet het geval is wanneer er geen uitkering uit anderen hoofde heeft plaatsgehad. De lagere rechtspraak biedt echter een iets genuanceerder beeld.

Een eerste aspect dat in de rechtspraak een rol van betekenis speelt, betreft het antwoord op de vraag of aan het slachtoffer een uitkering is gedaan in het kader van één van de tegemoetkomingsregelingen voor mesotheliomslachtoffers. Hierbij kan het gaan om de TAS-regeling, de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers,<sup>107</sup> of de TNS-regeling, de Regeling tegemoetkoming niet-loondienstgerelateerde slachtoffers.<sup>108</sup> In 27 van de 49 uitspraken waarin dit

---

profiteren. Meestal zullen dat de nabestaanden zijn. Die omstandigheid dient naar het oordeel van de rechtbank niet mee te wegen in het voordeel van de partij die zich op verjaring beroept. Verder komt belang toe aan de aard van de schade die wordt gevorderd. Schippers vordert zowel materiële als immateriële schade.' Verderop, bij de weging van de behandelde gezichtspunten, overwoog de rechtbank: 'De gezichtspunten a en b dienen in de totale afweging als neutraal meegewogen te worden.' Een motivering ontbreekt. Wanneer de hiervoor geciteerde overweging in ogenschouw wordt genomen, zou men verwachten dat gezichtspunt a ten voordele van Schippers strekt.

<sup>103</sup> Zie de uitspraken 1, 4, 8, 9, 10, 20, 21, 22, 28, 31, 35, 38, 39, 47, 56 en 58.

<sup>104</sup> Uitspraken 3, 5, 6, 11, 16, 17, 23, 24, 27, 30, 32, 34, 36, 37, 40, 41, 44, 45, 46, 49 en 54.

<sup>105</sup> Dat was het geval in de uitspraken 33, 50 tot en met 53 en 57.

<sup>106</sup> Uitspraken 12, 13, 18 en 55.

<sup>107</sup> Zie Stcrt. 24 januari 2000, nr. 16.

<sup>108</sup> Stcrt. 29 november 2007, nr. 232. Bij beide regelingen gaat het om een tegemoetkoming in de immateriële schade. Ik laat de inhoud van de regelingen verder onbesproken en verwijs onder andere naar De Lang & Van 2012, 2075-131 e.v., alsmede Vloemans 2008, p. 37.

gezichtspunt een rol heeft gespeeld, was sprake van een uitkering uit hoofde van één van deze regelingen.<sup>109</sup> In 10 van de 49 uitspraken werd geoordeeld dat geen aanspraak op een uitkering op grond van de TAS- of de TNS-regeling bestond,<sup>110</sup> bijvoorbeeld omdat het slachtoffer niet leed aan mesothelioom, maar aan asbestose, een ziekte waarvoor de regelingen niet gelden.<sup>111</sup>

In de regel werkt dit gezichtspunt aldus dat een uitkering bijdraagt aan het oordeel dat het beroep op verjaring niet onaanvaardbaar is. Een uitzondering biedt het vonnis van de Kantonrechter Helmond van 24 september 2003.<sup>112</sup> In deze uitspraak werd geoordeeld dat de uitkering ingevolge de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers irrelevant is, omdat die uitkering wordt verstrekt indien een beroep wordt gedaan op verjaring, terwijl die uitkering dient te worden gerestitueerd indien de werkgever toch aansprakelijk blijkt.<sup>113</sup> De kantonrechter kwam op deze grond tot het oordeel dat het onaanvaardbaar is om deze uitkering dan als argument vóór de toepasselijkheid van verjaring te hanteren.

Het gegeven dat de uitkering onder omstandigheden moet worden terugbetaald, heeft ook in andere uitspraken een rol gespeeld.<sup>114</sup> Uit sommige uitspraken blijkt dat dit subsidiaire karakter van de regeling<sup>115</sup> een argument is voor het doorbreken van de verjaringstermijn, terwijl dat in andere uitspraken niet het geval is. Daarvan was bijvoorbeeld sprake in het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 24 juni 2009,<sup>116</sup> waarin werd overwogen dat het voor

---

<sup>109</sup> Zie de uitspraken 1, 5, 11, 13, 22, 23, 27, 32 tot en met 37, 40, 41, 45, 47 en de uitspraken 49 tot en met 58.

<sup>110</sup> Uitspraken 3, 4, 8, 16, 18, 20, 21, 28, 30 en 31.

<sup>111</sup> Zie in dit verband uitspraak 21. De regeling is begin 2014 uitgebreid, zodat ook mensen met asbestose voor een tegemoetkoming in aanmerking kunnen komen. Zie daarover Kamerstukken II 2013-2014, 33 750 XV, nr. 2, p. 71.

<sup>112</sup> Uitspraak 11.

<sup>113</sup> Zie in dit verband art. 3 lid 2 sub a jo. art. 12 van de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers.

<sup>114</sup> Ik wijs op de uitspraken 9, 29, 35, 37, 45, 47, 49, 53, 54 en 57.

<sup>115</sup> Voor uitspraken waarin dit subsidiaire karakter uitdrukkelijk werd benoemd verwijs ik naar de uitspraken 5, 27 en 40. De Kantonrechter Middelburg overwoog in het vonnis van 5 augustus 2002 (uitspraak 5) dat, gelet op het aanvullende en subsidiaire karakter van de regeling, De Schelde, indien aansprakelijk, de volledige schade zelf behoort te dragen en dat de eenmalige uitkering daarom buiten beschouwing dient te blijven bij de beantwoording van de vraag of de verjaringstermijn doorbroken moet worden. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Roermond (uitspraak 27) kwam juist tot het oordeel dat het voorwaardelijke karakter van de uitkering niet afdoet aan het oordeel dat de uitkering wel moet worden aangemerkt als een uitkering uit anderen hoofde, zoals bedoeld in gezichtspunt b.

<sup>116</sup> Uitspraak 37.

de weging van de gezichtspunten niet relevant is of de uitkering (mogelijk) zal moeten worden terugbetaald en de schade niet volledig dekt. Het gaat bij deze afweging om de vraag in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat, waardoor men niet volledig met lege handen staat.<sup>117</sup> Tot eenzelfde oordeel kwam de Kantonrechter Roermond bij vonnis van 10 februari 2010.<sup>118</sup> De kantonrechter oordeelde dat het gegeven dat het voorschot moet worden terugbetaald indien de aangesproken partij wordt veroordeeld tot vergoeding van de immateriële schade, niet van belang is; ofwel de aansprakelijke partij dient de schade te vergoeden, ofwel de uitkering uit hoofde van de TAS-regeling blijft behouden.

Een ander aspect dat verband houdt met de genoemde tegemoetkomingsregelingen is dat het niet gaat om een volledige vergoeding van de geleden immateriële schade, maar om een, het woord zegt het al, tegemoetkoming daarin. Daardoor blijft het slachtoffer, ook indien een uitkering werd ontvangen, steeds zitten met niet vergoede (immateriële) schade. In sommige uitspraken is dit gegeven in de beoordeling betrokken.<sup>119</sup> Zo overwoog de Rechtbank Almelo in haar vonnis van 24 december 2008<sup>120</sup> dat na uitkering van (in dat geval) € 17.050,00 een eventueel door Eternit te betalen schadevergoeding resteert, zodat de uitkering geen argument is om de absolute verjaringstermijn niet te doorbreken.<sup>121</sup>

Nog een andere omstandigheid die in het kader van de tegemoetkomingsregelingen van belang kan zijn, betreft het geval dat de daadwerkelijk uitgekeerde tegemoetkoming lager is dan het geldende normbedrag. Zo oordeelde de President van de Rechtbank Rotterdam op 19 juni 2001,<sup>122</sup> dat het slachtoffer uit hoofde van de Regeling asbestslachtoffers een uitkering van Fl. 35.000,00 had ontvangen. Daarbij diende naar het oordeel van de president echter te worden aangetekend dat dit bedrag aanzienlijk lager is dan de norm die in het kader van de regeling is vastgesteld, te weten Fl. 90.000,00 aan immateriële schadevergoeding en Fl. 10.000,00 voor vergoeding van materiële schade.<sup>123</sup>

---

<sup>117</sup> In gelijke zin uitspraak 49.

<sup>118</sup> Uitspraak 47.

<sup>119</sup> Zie de uitspraken 22, 32, 37, 45 en 53.

<sup>120</sup> Uitspraak 32.

<sup>121</sup> Anders gezegd, zo overwoog de rechtbank, de reeds uitbetaalde € 17.050,00 speelt slechts een rol bij het vaststellen van de eventueel door Eternit te betalen schadevergoeding.

<sup>122</sup> Uitspraak 1.

<sup>123</sup> Zie ook de uitspraken 9 en 35.

Vanzelfsprekend gaat het bij ‘uitkeringen uit anderen hoofde’ in de lagere rechtspraak niet uitsluitend om uitkeringen op grond van de TAS- of TNS-regeling, maar kan ook worden gedacht aan het tot uitkering komen van verzekeringen, zoals bijvoorbeeld een ziektekostenverzekering, een begrafenisverzekering, een levensverzekering of een verzekering in het kader van de hypotheek. Ook kan worden gedacht aan het aanspraak kunnen maken op partner- en wezenpensioen. Vanzelfsprekend dient ook rekening te worden gehouden met een reeds door de aangesproken partij betaald bedrag. Al deze (mogelijke) uitkeringen zijn aan de orde gekomen in de onderzochte uitspraken.<sup>124</sup>

In dit verband is wel van belang op te merken dat de Hoge Raad gezichtspunt b uitdrukkelijk heeft beperkt tot de vraag in hoeverre *ter zake van de schade* een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat. Niet voor niets overwoog het Hof Den Haag in zijn arrest van 24 juli 2002,<sup>125</sup> dat de opmerkingen van de tot schadevergoeding aangesproken partij over eventuele uitkeringen ingevolge een ziektekostenverzekering dan wel een levensverzekering zonder belang zijn, aangezien deze verzekeringen niet strekken tot vergoeding van de door het slachtoffer van mesotheliom geleden immateriële schade. In lijn hiermee is het vonnis van de Kantonrechter Middelburg van 5 augustus 2002.<sup>126</sup> De kantonrechter oordeelde dat eventuele uitkeringen krachtens een ziektekosten- en begrafenisverzekering in aanmerking moeten worden genomen bij de vaststelling van de *vermogensschade*. Daaraan voegde de kantonrechter toe dat een uitkering van een levensverzekering wel van belang kan zijn bij een door nabestaanden ingestelde vordering tot schadevergoeding, omdat een dergelijke uitkering bij de begroting van de schade ex art. 6:108 en 107 BW in aanmerking moet worden genomen.<sup>127</sup>

De vraag rijst of de mogelijkheid dat ook een andere partij tot schadevergoeding kan worden aangesproken een omstandigheid is waaraan in het kader van de invulling van gezichtspunt b belang toekomt. Ook dit aspect vinden we in de lagere rechtspraak terug. Dat was bijvoorbeeld het geval in de uitspraak van de

---

<sup>124</sup> Vgl. de uitspraken 4, 5, 10, 17, 32, 34, 50, 51, 53, 56 en 57. In uitspraak 19 kwam het ‘Tijdelijke Eternit-protocol voor bepaalde slachtoffers van pleura mesotheliom in/rond Goor’ aan de orde. In die zaak kon het slachtoffer echter geen beroep doen op die regeling.

<sup>125</sup> Uitspraak 4.

<sup>126</sup> Uitspraak 5.

<sup>127</sup> In welk kader de kantonrechter verwees naar HR 4 februari 2000, NJ 2000, 600.

Kantonrechter Rotterdam van 17 februari 2009.<sup>128</sup> De kantonrechter overwoog dat was komen vast te staan dat het slachtoffer een uitkering was toegekend uit hoofde van de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers en dat deze omstandigheid pleit in het nadeel van de eisende partij. De kantonrechter overwoog vervolgens dat in dit verband tevens van belang is dat eiseres, de weduwe van het slachtoffer, mogelijk ook een vordering tegen de Gemeente Stadsreiniging Amsterdam kon instellen.<sup>129</sup>

Tot een andere beoordeling kwam de Kantonrechter Rotterdam in het vonnis van 21 juli 2009.<sup>130</sup> De kantonrechter overwoog, op het door de aangesproken partij in dit verband opgeworpen verweer, dat het bestaan van een mogelijk alternatief aansprakelijke partij, niet hetzelfde is als 'een uitkering uit anderen hoofde' in de zin van gezichtspunt b. De kantonrechter overwoog voorts dat het bestaan van een mogelijke andere schuldenaar voor dezelfde schade niet ertoe leidt dat gezichtspunt b in het voordeel van de tot schadevergoeding aangesproken partij moet worden uitgelegd. Dat zou, aldus de kantonrechter, namelijk betekenen dat de schuldeiser in het kader van een verjaringsverweer krijgt tegengeworpen dat hij ook de alternatieve schuldenaar had moeten dagvaarden. Dat verhoudt zich, aldus de kantonrechter, niet met de partijautonomie van eiser en evenmin met art. 6:99 BW, waaruit volgt dat de schuldeiser de keuze heeft wie hij aanspreekt.

Ik wijs ook op het arrest van het Hof Den Haag van 25 januari 2011,<sup>131</sup> waarin het hof voorbij ging aan de door de aangesproken partij gestelde mogelijkheid voor appellante om voor dezelfde schade een niet-verjaarde vordering in te stellen tegen de gemeente Amsterdam, voor wie erflater ook had gewerkt, alleen al omdat onvoldoende is onderbouwd dat erflater in dat dienstverband in enige mate aan asbest is blootgesteld.<sup>132</sup>

Ook interessant is de vraag wat heeft te gelden indien het slachtoffer mogelijk aanspraak zou kunnen maken op een uitkering uit anderen hoofde, maar daar

---

<sup>128</sup> Uitspraak 36.

<sup>129</sup> Blijkens het vonnis van 21 januari 2011 (uitspraak 54) lijkt ook de Kantonrechter Rotterdam belang toe te kennen aan het gegeven dat er een (niet verjaarde) vordering op een andere partij bestaat, te weten de andere gedaagde in diezelfde procedure.

<sup>130</sup> Uitspraak 39.

<sup>131</sup> Uitspraak 55.

<sup>132</sup> Toegegeven, onduidelijk is hoe het hof met deze omstandigheid zou zijn omgegaan, indien wel aannemelijk zou zijn gemaakt dat het slachtoffer tijdens zijn dienstverband bij de gemeente met asbest in contact zou zijn gekomen, maar de woorden 'alleen al omdat ...' doen vermoeden dat deze factor ook in dat geval niet voor het vasthouden aan de verjaringstermijn zou pleiten.



niets mee heeft gedaan. Deze situatie deed zich voor in de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Amsterdam van 15 december 2009.<sup>133</sup> Uit het arrest blijkt dat deze omstandigheid ten nadele van het slachtoffer dient te worden uitgelegd. Het hof oordeelde namelijk dat ook dit gezichtspunt niet maakt dat de weegschaal naar de door appellante gewenste kant uitslaat.

Verder komt nog betekenis toe aan de woorden ‘in hoeverre’ in gezichtspunt b. Daaruit vloeit voort dat niet uitsluitend moet worden gekeken of een uitkering uit anderen hoofde bestaat. De aangehaalde woorden bieden ook de ruimte om bij de invulling van het gezichtspunt te differentiëren naar de hoogte van het reeds ontvangen bedrag in relatie tot de omvang van de totale schade. Ook over dit aspect wordt in de lagere rechtspraak verschillend gedacht. In veel uitspraken komt aan de orde dat aanspraak kan worden gemaakt op een uitkering, maar hoe die uitkering zich verhoudt tot de totale schade blijft vaak onvermeld. Dat was anders in het vonnis van de Kantonrechter Roermond van 10 februari 2010.<sup>134</sup> De kantonrechter oordeelde:

‘Wel van belang is de mate waarin de schade al door een ander is vergoed. Indien het volledige schadebedrag al uit anderen hoofde zou zijn vergoed, dan pleit dit tegen doorbreking van de verjaringstermijn. In die situatie zou immers geen sprake meer zijn van financieel nadeel. Ingeval nog geen volledige vergoeding van de schade heeft plaatsgevonden, is dat nadeel er nog wel, zij het in mindere mate. In die situatie heeft een slachtoffer belang bij de mogelijkheid de resterende schade vergoed te krijgen. Dit pleit voor doorbreking van de verjaringstermijn.’

De kantonrechter vervolgde dat hieruit voortvloeit dat het standpunt, dat het enkele uitgekeerd zijn van een voorschot in de weg staat aan doorbreking van de verjaringstermijn onjuist is, nu het uitgekeerde bedrag niet het volledige schadebedrag omvat. Er dient, aldus de kantonrechter ook te worden gekeken naar de omvang van de uitkering uit anderen hoofde, afgezet tegen de totale schade.

Eenzelfde soort redenering werd gevolgd door het Hof Den Haag en wel in zijn arrest van 25 januari 2011.<sup>135</sup> Het hof overwoog dat aan het slachtoffer een TAS-uitkering is gedaan van € 16.655,00, hetgeen overeenkomt met (afgerond) 33% van de gevorderde immateriële schade. Het hof overwoog

---

<sup>133</sup> Uitspraak 44.

<sup>134</sup> Uitspraak 47.

<sup>135</sup> Uitspraak 55.

voorts dat dit bedrag niet terug hoeft te worden betaald indien Maersk, de aangesproken partij, in rechte niet aansprakelijk wordt gehouden. Met de TAS-uitkering is, aldus het hof, een wezenlijk deel van de gevorderde schade ‘gedekt’. Deze omstandigheden leidden het hof tot het oordeel dat dit gezichtspunt in de totale weging slechts een zeer beperkt gewicht in de schaal legt ten gunste van de doorbreking van de verjaringstermijn.

Vermeldenswaard is ook de uitspraak (van 1 november 2007) van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam,<sup>136</sup> die niet toekwam aan de vraag of het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, maar die (uitsluitend) gezichtspunt b gebruikte bij de toets of de eisende partij wel een spoedeisend belang had bij het door haar gestarte kort geding.<sup>137</sup> De president overwoog allereerst dat voor de toewijzing van een vordering tot betaling van een geldsom in kort geding slechts dan plaats is, als het bestaan en de omvang van de vordering voldoende aannemelijk zijn en uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening vereist is, waarbij in het kader van de afweging van de belangen van partijen ook moet worden gelet op het zogenoemde restitutierisico.<sup>138</sup> De president kwam tot het oordeel dat niet aan dit criterium was voldaan. De voorzieningenrechter overwoog in dit verband dat per 1 februari 2004 het vijfde lid van art. 3:310 BW is ingevoerd, waarmee de absolute verjaringstermijn bij schade door letsel of overlijden is komen te vervallen. Die regeling is echter beperkt tot schade die zijn oorsprong vindt in gebeurtenissen die zich na deze datum hebben voorgedaan. Daarvan was in de onderhavige zaak geen sprake. De voorzieningenrechter vervolgde met de overweging dat voor slachtoffers die niet onder de verruimde verjaringsregeling vallen – ter compensatie – de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers tot stand is gebracht. In plaats van een beroep te doen op de onaanvaardbaarheid van het verjaringsverweer dient de eisende partij zich eerst op deze regeling te beroepen, aldus de voorzieningenrechter, aangezien ter zitting was gebleken dat zij in december 2007 in aanmerking kon komen voor een uitkering van € 16.000,00.

‘Dit brengt mee dat de vordering in mindere mate spoedeisend is, in aanmerking genomen dat de medische situatie van eiseres na behandeling niet acuut is.’

---

<sup>136</sup> Uitspraak 25.

<sup>137</sup> Zoals wordt geëist door art. 254 lid 1 Rv.

<sup>138</sup> Vgl. HR 29 maart 1985, NJ 1986, 84 en HR 28 mei 2004, NJ 2004, 602, waarover Hendrikse 2011a, p. 317-318.

En daarmee viel (in deze procedure) het doek voor de eisende partij, aangezien niet was voldaan aan de hierboven genoemde maatstaf voor de vraag of in kort geding plaats is voor toewijzing van een geldvordering. Gezichtspunt b pakte – wellicht op onverwachte wijze – dus erg nadelig voor de eisende partij uit.

In een aantal uitspraken heeft de rechter aanwijzingen gegeven hoe tegen de stelplicht ten aanzien van gezichtspunt b moet worden aangekeken. Zo overwoog de Kantonrechter Middelburg in zijn vonnis van 15 april 2002,<sup>139</sup> dat het slachtoffer aanspraak kon maken op een aantal uitkeringen uit anderen hoofde, maar dat de erven van het slachtoffer het niet nodig hebben gevonden inzicht te geven in de omvang van eventuele verzekeringsuitkeringen, hoewel De Schelde, de aangesproken partij, daar uitdrukkelijk om had verzocht. Naar het oordeel van de kantonrechter moet het er onder deze omstandigheden voor worden gehouden dat de verzekeringsuitkeringen er zijn en dat deze de vermogensschade geheel of vrijwel geheel dekken.<sup>140</sup> De in hoger beroep tegen dit oordeel gerichte grief faalde. Het Hof Den Haag overwoog in zijn arrest van 25 juli 2003,<sup>141</sup> dat het op de weg van de nabestaanden had gelegen om aan te geven hoe hun inkomenssituatie was voor het overlijden van het slachtoffer en wat de invloed van het overlijden daarop is geweest. Door dat na te laten hebben zij hun stelling dat zij geen aanspraak op enige uitkering hebben ontvangen onvoldoende feitelijk onderbouwd. Het behoeft geen betoog dat dit gevolgen heeft voor het antwoord op de vraag of gezichtspunt b ten voordele of ten nadele van het slachtoffer dan wel diens nabestaanden strekt.

Niet alle rechters zijn wat dit punt aangaat even streng. De Rechtbank Rotterdam oordeelde in haar vonnis van 10 maart 2004<sup>142</sup> als volgt. Door de aangesproken gemeente was aangevoerd dat de nabestaanden niet zijn ingegaan op haar verzoek inzicht te verschaffen in vergoedingen uit anderen hoofde, zoals verzekeringsuitkeringen. Naar aanleiding daarvan overwoog de rechtbank dat dit niet meebrengt dat dit gezichtspunt in het nadeel van de nabestaanden moet uitvallen nu dit standpunt miskent dat het erom gaat of op grond van *alle* omstandigheden van het geval de redelijkheid en billijkheid met zich brengt dat

---

<sup>139</sup> Uitspraak 3.

<sup>140</sup> In dezelfde zin uitspraak 5. In uitspraak 23 overwoog het Hof Den Haag dat, aangezien de nabestaanden hebben nagelaten een verdere onderbouwing te geven welke hun inkomenspositie was voor en na het overlijden van het slachtoffer, gezichtspunt b niet in hun voordeel uitvalt. Vgl. ook uitspraak 38, waarin aan het onvoldoende verschaffen van duidelijkheid over de financiële positie als ‘sanctie’ werd uitgesproken dat gezichtspunt b slechts beperkt gewicht in de schaal legt.

<sup>141</sup> Uitspraak 10.

<sup>142</sup> Uitspraak 13.

de verjaringstermijn buiten toepassing dient te blijven. In het kader van de beoordeling van het beroep op verjaring is, zo vervolgde de rechtbank, voldoende te constateren dat een TAS-uitkering is ontvangen. Indien uiteindelijk zou blijken dat de gemeente aansprakelijk is, spelen eventuele andere vergoedingen wel een rol bij de vaststelling van de (omvang van de) schadevergoeding.

Uit het arrest van het Hof Arnhem van 27 februari 2007<sup>143</sup> zou juist kunnen worden afgeleid dat de stelplicht ter zake van dit gezichtspunt niet op het slachtoffer respectievelijk diens nabestaanden rust, maar op de tot schadevergoeding aangesproken partij. Nadat het hof tot het oordeel was gekomen dat de gezichtspunten c en f niet tot voordeel van Eternit kunnen strekken, overwoog het hof:

‘Nu Eternit daaromtrent niets heeft aangevoerd geldt hetzelfde voor de overige gezichtspunten, te weten (a), (b), (d), (e) en (g).’

Resumerend ten aanzien van gezichtspunt b: in het algemeen kan worden aangenomen dat, wanneer het slachtoffer of diens nabestaanden een uitkering krachtens de TAS- of TNS-regeling hebben ontvangen, dit een omstandigheid is die pleit tegen doorbreking van de verjaringstermijn. Datzelfde geldt voor verzekeringen die tot uitkering komen, maar hierbij dient men zich af te vragen of de desbetreffende verzekering wel de strekking heeft om schade te vergoeden. Ook kan belang toekomen aan de hoegrootheid van de reeds ontvangen uitkering. Hoe hoger die is, des te minder aanleiding bestaat er om het opgeworpen verjaringsverweer te passeren. Wanneer een groot gedeelte van de schade onvergoed is gebleven, geldt uiteraard het omgekeerde.

Wanneer de rechtspraak waarin gezichtspunt b een rol heeft gespeeld wordt bekeken, is de conclusie dat dit gezichtspunt in 23 van de 49 gevallen ten voordele van het slachtoffer of diens nabestaande(n) strekte.<sup>144</sup> In 17 zaken werd het gezichtspunt ten nadele van de eisende partij uitgelegd.<sup>145</sup> In een zestal zaken werd een neutraal oordeel uitgesproken,<sup>146</sup> terwijl in twee zaken onduidelijk is op welke wijze gezichtspunt b aan de uiteindelijke oordeels-

---

<sup>143</sup> Uitspraak 19. Zie ook uitspraak 46, waarin werd overwogen dat de SVB, die belast is met de uitvoering van de TAS-regeling, niet heeft gesteld dat de nabestaanden geen uitkering uit anderen hoofde hebben ontvangen.

<sup>144</sup> Dat was het geval in de uitspraken 4, 6, 8, 9, 11, 13, 16, 18 tot en met 21, 28 tot en met 32, 34, 35, 38, 39, 47, 55 en 56.

<sup>145</sup> Uitspraken 1, 3, 5, 10, 17, 23, 25, 27, 36, 37, 40, 41, 44 tot en met 46, 49 en 54.

<sup>146</sup> Zie de uitspraken 33, 50 tot en met 53 en 57.

vorming van de rechter heeft bijgedragen.<sup>147</sup> In de overgebleven zaak<sup>148</sup> kwam de rechter tot het oordeel dat gezichtspunt b nog niet kon worden ingekleurd en dat daarvoor nadere informatie nodig was.

Voor wat betreft het gewicht dat toekomt aan gezichtspunt b bestaat in de feitenrechtspraak geen eenduidigheid. Hierboven is reeds gewezen op een zestal zaken waarin het gezichtspunt als ‘neutraal’ in de besluitvorming is betrokken. In enkele zaken waarin werd geoordeeld dat gezichtspunt b pleitte voor doorbreking van de verjaringstermijn, is geoordeeld dat slechts sprake is van een beperkt gewicht<sup>149</sup> of zeer beperkt gewicht.<sup>150</sup> In het arrest van het Hof Amsterdam van 18 november 2008<sup>151</sup> pleitte gezichtspunt b juist sterk in het voordeel van het slachtoffer. Er zijn daarentegen ook uitspraken gepubliceerd waarin gezichtspunt b ten nadele van het slachtoffer werd uitgelegd en waarbij de rechter tot het oordeel kwam dat dat zwaar diende te wegen bij het uiteindelijke oordeel.<sup>152</sup> Kortom, ook ten aanzien van dit gezichtspunt laat de rechtspraak een wisselend beeld zien.

#### 5.3.4 Gezichtspunt c

De mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten is het derde gezichtspunt waar de rechter in zijn beoordeling rekening mee moet houden. Hierbij ligt het voor de hand en wordt ook algemeen aangenomen, dat wanneer sprake is van een hoge mate van verwijtbaarheid dat eerder leidt tot doorbreking van de verjaringstermijn dan wanneer geen sprake is van verwijtbaarheid of wanneer de mate van verwijtbaarheid gering is.<sup>153</sup>

Niet altijd kan de rechter zich een oordeel vormen over gezichtspunt c, bijvoorbeeld omdat hij van oordeel is dat partijen zich daarover nog nader moeten uitlaten<sup>154</sup> of omdat anderszins onzeker is of de aangesproken partij (wel) een verwijt kan worden gemaakt.<sup>155</sup>

---

<sup>147</sup> Uitspraken 22 en 58.

<sup>148</sup> Uitspraak 43.

<sup>149</sup> Uitspraak 38.

<sup>150</sup> Uitspraken 55 en 56.

<sup>151</sup> Uitspraak 31.

<sup>152</sup> Zie in dit verband de uitspraken 23 en 49.

<sup>153</sup> Vgl. in dit verband Hartlief, Hijma & Snijders 2009a, p. 25 e.v., waarin op gezichtspunt c wordt ingegaan. Op p. 34 is vermeld dat met name ernstige en lichte vormen van verwijtbaarheid van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zie ook Hebly & Lindenbergh 2013, p. 164.

<sup>154</sup> Uitspraak 34.

<sup>155</sup> Uitspraak 18.

Het beoordelen van de mate van verwijtbaarheid hangt (vanzelfsprekend) nauw samen met het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag.<sup>156</sup> Uit de rechtspraak blijkt dat rechters op verschillende manieren met deze samenhang omgaan. Zo zijn er uitspraken waarin, in het kader van het verjaringsverweer, de aansprakelijkheid van de aangesproken partij wordt beoordeeld. Dat leidt dan tot een inhoudelijke beoordeling.<sup>157</sup> Ook zijn er uitspraken waarin over de mate van verwijtbaarheid ‘slechts’ een voorlopig oordeel wordt gegeven, waaraan in sommige gevallen wordt toegevoegd dat de rechter bij de inhoudelijke beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag op dit oordeel kan terugkomen.<sup>158</sup> De rechter gaat dan uit van veronderstelde aansprakelijkheid.<sup>159</sup> In dit verband overwoog het Hof Amsterdam in het arrest van 18 november 2008,<sup>160</sup> dat de afweging van de gezichtspunten niet impliceert dat ten aanzien van alle gezichtspunten een oordeel ten gronde moet worden gegeven. De Kantonrechter Rotterdam overwoog in zijn vonnis van 21 juli 2009,<sup>161</sup> dat een letterlijke interpretatie van gezichtspunt c inhoudt dat het debat over de aansprakelijkheid naar voren wordt gehaald in het kader van de discussie over de doorbreking van de verjaring. Kennelijk dient de rechter, zo vervolgde de kantonrechter, niet alleen de feiten vast te stellen, doch ook de aansprakelijkheid en, nog een stap verder, ook de verwijtbaarheid. De kantonrechter wees in zijn vonnis op de kritische aandacht die in de literatuur aan dit gezichtspunt is besteed. In het vonnis werd vervolgens een voorlopig oordeel over de verwijtbaarheid uitgesproken.

Zeer expliciet op dit punt was de Kantonrechter Roermond in zijn vonnis van 10 februari 2010.<sup>162</sup> Hij overwoog dat gezichtspunt c:

---

<sup>156</sup> Zie bijvoorbeeld ook Smeehuijzen, die erop gewezen heeft dat in veel uitspraken uit het feit dat er aansprakelijkheid moet worden aangenomen volgt dat sprake is van een grote mate van schuld. Zie hierover onder andere zijn proefschrift, Smeehuijzen 2008, p. 260. Hartlief schreef dat het, gelet op de formulering van de aansprakelijkheidsnorm in eerdere arresten (HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 en HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 en 683), niet voor de hand ligt uit te gaan van een lichte mate van verwijtbaarheid, maar veeleer zal men aan ernstige verwijtbaarheid denken. Hartlief 2001, p. 65. Zie in gelijke zin Van Boom 2000, p. 66.

<sup>157</sup> Zoals bijvoorbeeld in de uitspraken 49 en 57.

<sup>158</sup> Wanneer de rechter oordeelt dat de verjaringstermijn doorbroken moet worden, trekt het slachtoffer uiteraard alsnog aan het kortste eind wanneer de rechter vervolgens tot het oordeel komt dat aansprakelijkheid niet aan de orde is.

<sup>159</sup> Zie de uitspraken 13, 15 en 30.

<sup>160</sup> Uitspraak 31.

<sup>161</sup> Uitspraak 39.

<sup>162</sup> Uitspraak 47.

‘... lijkt te impliceren dat de kantonrechter bij het verjaringsverweer al dient te beoordelen of sprake is van schending van de zorgplicht en vervolgens in welke mate die schending aan de aangesprokene kan worden verweten. De kantonrechter acht het echter systematisch onjuist om in het kader van het verjaringsverweer al in te gaan op het inhoudelijke debat tussen partijen. Een andersluidende opvatting zou tot de onwenselijke situatie kunnen leiden dat in het inhoudelijke debat bewijs aan de aangesprokene moet worden opgedragen, terwijl uit een ander gezichtspunt (namelijk e) nu juist kan volgen dat de verjaringstermijn niet moet worden doorbroken indien de aangesprokene niet meer voldoende in staat is zich tegen de vordering te verweren. Het verjaringsverweer zal daarom eerst worden beoordeeld, waarbij gezichtspunt c zo wordt gezien dat, veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat Janssen De Jong een verwijt te maken valt, de vraag is of dit verwijt zodanig is dat dit voor of tegen doorbreking van de verjaringstermijn pleit. Verwezen wordt naar het arrest van het Hof Amsterdam van 18 november 2008 (...),<sup>163</sup> waarin eenzelfde redenering is gevolgd.’

Dat ontegenzeggelijk sprake is van een nauwe samenhang met de aansprakelijkheidsvraag,<sup>164</sup> heeft ervoor gezorgd dat ook de rechtspraak van de Hoge Raad op dit vlak van belang is bij de invulling van gezichtspunt c. Dat geldt met name voor het arrest van 25 juni 1993,<sup>165</sup> waarin de Hoge Raad oordeelde dat, indien de werkgever tekort is geschoten in zijn verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen welke vereist waren met het oog op de hem bekende gevaren en dit verzuim de kans dat een tot mesothelioom leidend asbestkristal werd ingeademd in aanmerkelijke mate heeft verhoogd, de werkgever aansprakelijk is, ook al heeft die nalatigheid geleid tot de verwezenlijking van een hem toen niet bekend gevaar (mesothelioom).<sup>166</sup> In de ‘doorbrekingsjurisprudentie’ is ook aan de orde gekomen dat de destijds geldende maatschappelijke aanvaardbaarheid van het gebruik van asbest evenmin in de weg staat aan doorbreking van de verjaringstermijn.<sup>167</sup> Hetzelfde geldt indien het gebruik van asbest van overheidswege was voorgeschreven.<sup>168</sup> Overigens overwoog de Kantonrechter Utrecht in zijn vonnis van 3 februari

<sup>163</sup> Dat is uitspraak 31.

<sup>164</sup> In dezelfde zin Hebly & Lindenbergh 2013, p. 164 en 166.

<sup>165</sup> JAR 1993/176 (Cijssouw/De Schelde).

<sup>166</sup> Zie voor toepassing van dit arrest de uitspraken 3, 5, 30, 32, 50, 51 en 53.

<sup>167</sup> Uitspraken 3, 5 en 46.

<sup>168</sup> Uitspraak 5.

2010<sup>169</sup> wel dat onder andere de maatschappelijke aanvaardbaarheid van het gebruik van asbest wel de mate van verwijtbaarheid kan relativeren.

Gelet op het feit dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder in ieder geval de gezichtspunten a tot en met g, kan het enkele feit dat sprake is van verwijtbaarheid de doorbreking van de verjaringstermijn niet rechtvaardigen, zo is in een aantal uitspraken (terecht) vooropgesteld.<sup>170</sup> Het enkele feit dat met aansprakelijkheid ook de verwijtbaarheid is gegeven,<sup>171</sup> is dan ook onvoldoende om tot doorbreking te komen.

Het gaat, blijkens de formulering van gezichtspunt c, om *de mate van verwijtbaarheid*. Die kan gewicht in de schaal leggen ten voordele of ten nadele van het slachtoffer c.q. de aangesproken partij. Desondanks zijn er tal van uitspraken waarin de rechter heeft beoordeeld of er sprake is van verwijtbaarheid, zonder zich uit te laten over de mate waarin dat het geval is.<sup>172</sup> Deze enkele vaststelling zegt vervolgens echter niets over het gewicht dat het desbetreffende gezichtspunt in de schaal legt.

Niet voor niets wordt in tal van andere uitspraken dan ook gedifferentieerd naar de mate van verwijtbaarheid, waarbij doorgaans de vraag wordt beantwoord of sprake is van een ernstig verwijt.<sup>173</sup> Hoewel dat niet met zoveel woorden volgt uit het arrest Van Hese/De Schelde of de Hoge Raad-rechtspraak die daarna is gewezen, lijkt het begrip ‘ernstig verwijt’ het omslagpunt te vormen,<sup>174</sup> in die zin dat wanneer wordt aangenomen dat daarvan sprake is, dit pleit voor doorbreking van de verjaringstermijn,<sup>175</sup> terwijl het

---

<sup>169</sup> Uitspraak 46.

<sup>170</sup> Uitspraken 24 en 47. Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Verkade voor HR 25 november 2005, NJ 2009, 103, m.nt. I. Giesen.

<sup>171</sup> Zoals in tal van uitspraken is overwogen, waaronder de uitspraken 3, 4, 5, 38, 47, 57 en 58. Overigens overwoog het Hof Den Haag in het arrest van 25 januari 2011 (uitspraak 55) terecht dat voor de aansprakelijkheidsvraag als zodanig de vaststelling van de mate van verwijtbaarheid niet nodig is.

<sup>172</sup> Uitspraken 11, 30, 32, 39, 50, 51, 52 en 53.

<sup>173</sup> Vanzelfsprekend is dit uitsluitend aan de orde indien wordt aangenomen dát er sprake is van verwijtbaarheid. Dat was bijvoorbeeld niet het geval in de uitspraken 38 en 41.

<sup>174</sup> Het Hof Den Bosch lijkt hier in zijn arrest van 25 maart 2008 (uitspraak 28) ook vanuit te gaan, waar het hof overwoog dat ‘element c’ gaat over de vraag of aan Eternit een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hoewel dat niet overeenstemt met de formulering van gezichtspunt c door de Hoge Raad, is dit waar het in de praktijk vaak wel op neerkomt.

<sup>175</sup> Zie voor zaken waarin een ernstig verwijt werd aangenomen de uitspraken 8, 9, 13, 15, 19, 20, 22, 28, 35 en 37. Soms wordt ook gesproken van een hoge mate van verwijtbaarheid, zoals bijvoorbeeld in de uitspraken 44 en 45.



oordeel dat geen sprake is van een ernstig verwijt juist een argument tegen doorbreking is.<sup>176</sup> Hieruit mag overigens niet worden afgeleid dat doorbreking van de verjaringstermijn alleen aan de orde is indien sprake is van ernstige verwijtbaarheid, zoals het Hof Den Bosch overwoog in het arrest van 21 augustus 2001.<sup>177</sup> Het hof overwoog ook dat de in het arrest Van Hese/De Schelde genoemde gezichtspunten evenmin wijzen op een beperking tot gevallen waarin sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Ook in latere rechtspraak is geoordeeld dat niet alleen een hoge mate van verwijtbaarheid relevant is in het kader van de vraag of de verjaringstermijn doorbroken moet worden.<sup>178</sup>

Voor de invulling van het derde gezichtspunt is, blijkens de lagere rechtspraak, ook van belang of het gaat om aansprakelijkheid van de werkgever tegenover zijn (oud-)werknemer(s) dan wel of het gaat om de aansprakelijkheid tegenover derden, bijvoorbeeld door thuisbesmetting.<sup>179</sup> Ook de omstandigheid dat een rechtstreekse actie tegen de verzekeraar van de aansprakelijk geachte partij is ingesteld,<sup>180</sup> is een omstandigheid waarmee in verschillende uitspraken rekening is gehouden. Uit de betreffende uitspraken vloeit voort dat het feit dat de aansprakelijkheidsverzekeraar wordt aangesproken, voor de invulling van gezichtspunt c geen verschil maakt. Dat de verzekeraar zelf geen rechtstreeks verwijt valt te maken ten aanzien van het ontstaan van de schade, is dan ook niet

---

<sup>176</sup> In de uitspraken 3, 4, 5, 17, 24 en 49 werd geoordeeld dat de aangesproken partij geen ernstig verwijt viel te maken. Dat de verwijtbaarheid gering was, was de conclusie in de uitspraken 6, 57 en 58. Zie ook uitspraak 33, waarin de rechter tot het oordeel kwam dat geen sprake was van causaal verband tussen de aan Eternit verweten gedraging – het zonder waarschuwing in de handel brengen van asbesthoudende cementplaten – en de geleden schade ten gevolge van mesothelioom, zodat dit gezichtspunt zich, naar het oordeel van het Hof Leeuwarden, tegen het slachtoffer keerde.

<sup>177</sup> Uitspraak 2.

<sup>178</sup> Zoals in de uitspraken 50 tot en met 53, alsmede uitspraak 55. In deze laatste uitspraak overwoog het Hof Den Haag dat een ernstige mate van verwijtbaarheid niet vereist is voor doorbreking van de verjaring, maar dat dit wel gewicht in de schaal kan leggen. Dat komt overeen met het hierboven genoemde uitgangspunt dat, wanneer sprake is van een ernstige mate van verwijtbaarheid, dat eerder voor doorbreking zal pleiten, dan in het geval de mate van verwijtbaarheid gering is.

<sup>179</sup> Zie in dit verband de uitspraken 6, 38 en 57. Zie over de aansprakelijkheid voor gevallen van thuisbesmetting onder andere Vloemans 2008, p. 35 e.v. Vgl. ook Kremer 1997, p. 495 e.v.

<sup>180</sup> Dat is sinds de invoering van het nieuwe verzekeringsrecht per 1 januari 2006 mogelijk op grond van art. 7:954 BW. Wel moet het gaan om schade door dood of letsel, aan welk vereiste in zaken als de onderhavige is voldaan. In dat geval is overigens ook direct antwoord gegeven op de vraag of de aangesproken partij (nog) verzekerd is (gezichtspunt f, waarover meer in paragraaf 5.3.7).

relevant in het kader van de beoordeling van het verjaringsverweer.<sup>181</sup> Gelet op de afgeleide positie van de verzekeraar kan de verwijtbaarheid van zijn verzekerde aan hem worden tegengeworpen.<sup>182</sup>

Een omstandigheid die bij de invulling van gezichtspunt c wel van belang wordt geacht is de vraag of de aangesproken partij al dan niet een asbestverwerkend of asbestproducerend bedrijf is of was. Wanneer dat niet het geval is wordt minder snel (ernstige) verwijtbaarheid aangenomen.<sup>183</sup> Overigens kan het gegeven dat de aangesproken partij niet tot de asbestproducerende of asbestverwerkende industrie behoort, ertoe leiden dat van het slachtoffer meer mag worden verwacht ter zake van de onderbouwing van de ernst van het gestelde verwijt.<sup>184</sup>

Voor wat betreft de invulling van gezichtspunt c wijs ik er nog op dat ook het feit dat sprake is geweest van bedrijfsopvolging een rol kan spelen. Dat was het geval in het vonnis van de President van de Rechtbank Rotterdam van 19 juni 2001.<sup>185</sup> De president overwoog dat van verwijtbaarheid aan de zijde van Optimodal, de aangesproken partij, in haar huidige gedaante geen sprake is, aangezien de rechtsvoorganger, Koppe, haar activiteiten al in 1971 had gestaakt en in de periode tot en met 1991, dus gedurende 20 jaar, geen enkele activiteit had uitgeoefend en er sprake was van een ‘lege’ of ‘plank’-BV. Optimodal, zo overwoog de president vervolgens, is pas in 1992 gestart en oefent heel andere activiteiten uit dan Koppe tot 1971 uitoefende. Het enkele feit dat een lege BV is gebruikt om bepaalde bedrijfsactiviteiten uit te oefenen, wil dus niet zeggen dat eventuele verwijtbaarheid van de aanvankelijke ondernemer aan de rechtsopvolger dient te worden toegerekend. Overigens kan onder omstandigheden wel verwijtbaarheid worden aangenomen in het geval sprake is van een moeder-dochterverhouding in vennootschapsrechtelijke zin.<sup>186</sup>

In verschillende uitspraken van lagere rechters krijgt de stelplicht- en bewijslastverdeling met betrekking tot gezichtspunt c aandacht. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in zijn arrest van 30 juni 2005,<sup>187</sup> dat er geen feiten en/of omstandigheden zijn aangevoerd of gebleken op grond waarvan gezegd kan worden dat sprake is van een hoge mate van verwijtbaarheid. Het lijkt erop dat

---

<sup>181</sup> Uitspraak 34.

<sup>182</sup> Uitspraken 50 en 51.

<sup>183</sup> Zie de uitspraken 41, 44 en 45. Zie ook Hebly & Lindenberg 2013, p. 165-166.

<sup>184</sup> Zoals aan de orde was in uitspraak 55, waarin een reder aansprakelijk werd gehouden.

<sup>185</sup> Uitspraak 1. Zie (kritisch) over deze uitspraak Smeehuijzen 2005, p. 56.

<sup>186</sup> Zie daarvoor uitspraak 37.

<sup>187</sup> Uitspraak 16.

het hof hiermee impliciet oordeelt dat het op de weg van het slachtoffer ligt om ter zake stellingen te betrekken en bewijs bij te brengen, aangezien juist het slachtoffer belang heeft bij het oordeel dat sprake is van een 'hoge mate van verwijtbaarheid'.<sup>188</sup> Ook uit andere uitspraken volgt dat de stelplicht bij het slachtoffer ligt.<sup>189</sup> Zo overwoog het Hof Amsterdam enkele jaren later, op 18 november 2008<sup>190</sup>, dat Kasteren (het slachtoffer) niet heeft gesteld dat bij Hertel sprake is geweest van opzet of grove schuld<sup>191</sup> en evenmin feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit een zodanige conclusie zou kunnen worden getrokken.<sup>192</sup> Ook het Hof Den Haag oordeelde dat de stelplicht bij het slachtoffer (c.q. diens nabestaanden) ligt.<sup>193</sup> Het hof overwoog namelijk dat appellante onvoldoende heeft gesteld om te oordelen dat bij Ajax (de aangesproken partij), reeds vóór het einde van het dienstverband van de vader van het overleden slachtoffer zozeer het besef moest zijn doorgedrongen dat er reden was om ook maatregelen te nemen ter bescherming van de thuisomgeving van haar werknemers, dat het Ajax ernstig te verwijten is dat zij niet – voordat de vader eind juli 1966 uit dienst trad – maatregelen ten behoeve van de thuisomgeving van haar werknemers heeft genomen. Ik wijs ten slotte op het – ook hierboven besproken – arrest van het Hof Den Haag,<sup>194</sup> waarin werd geoordeeld dat ingeval de tot schadevergoeding aangesproken partij niet behoort tot de asbestproducerende of asbestverwerkende industrie van het slachtoffer een nadere onderbouwing mag worden verwacht van de ernst van het gestelde verwijt.

Uitspraken waarin werd geoordeeld dat het juist op de weg van de aansprakelijk gestelde partij ligt om te stellen dat geen sprake is van verwijtbaarheid dan wel dat daarvan slechts in geringe mate sprake is, ben ik in de onderzochte rechtspraak niet tegengekomen.

---

<sup>188</sup> In gelijke zin de uitspraken 44 en 45.

<sup>189</sup> Ik wijs in dit verband op Jansen en Loonstra, die de vraag opgeworpen hebben of niet in strijd met de ratio van art. 7:658 BW wordt gehandeld indien het slachtoffer (uitgaande van werkgeversaansprakelijkheid) het bewijs moet bijbrengen van de mate van verwijtbaarheid aan de kant van de aangesprokene. Jansen & Loonstra 2000, p. 242.

<sup>190</sup> Uitspraak 31.

<sup>191</sup> Voor zover dit al vereist is wil dit gezichtspunt ten voordele van het slachtoffer strekken, hetgeen naar mijn mening niet het geval is. Zie ook uitspraak 2, die hierboven is besproken.

<sup>192</sup> Onder verwijzing naar het arrest van het Hof Amsterdam van 18 november 2008 (uitspraak 31) oordeelde de Kantonrechter Roermond in zijn vonnis van 10 februari 2010 (uitspraak 47) in gelijke zin.

<sup>193</sup> Arrest van 25 januari 2011 (uitspraak 56).

<sup>194</sup> Uitspraak 55.

Wanneer de hierboven genoemde rechtspraak wordt gezien, is daaruit af te leiden dat gezichtspunt c in 45 (van de 58) uitspraken aan de orde is gekomen. In 21 gevallen strekte dit gezichtspunt ten voordele van het slachtoffer en vormde het dus in meer of mindere mate een argument voor doorbreking van de verjaringstermijn.<sup>195</sup> In 19 gevallen pleitte het gezichtspunt daarentegen tegen doorbreking.<sup>196</sup> Dat is dus bijna half om half.<sup>197</sup> In het vonnis van de Kantonrechter Roermond van 10 februari 2012<sup>198</sup> werd gezichtspunt c neutraal ingekleurd, zodat het noch ten voordele noch ten nadele van één van de partijen pleitte. Soms oordeelde de rechter dat de mate van verwijtbaarheid onzeker is,<sup>199</sup> dat deze niet vaststaat<sup>200</sup> dan wel dat deze nog niet bekend is en dat partijen zich daarover (nader) dienen uit te laten.<sup>201</sup>

Over de weging van gezichtspunt c ten opzichte van de andere relevante factoren bestaat in de rechtspraak geen eenduidigheid. Vooropgesteld moet worden dat uit het gros van de uitspraken niet blijkt hoe gezichtspunt c ten opzichte van de andere gezichtspunten is gewogen. In de zaken waarin daar wel expliciet op in werd gegaan, zijn er twee waarin aan gezichtspunt c doorslaggevende betekenis werd toegekend,<sup>202</sup> is er één uitspraak waarin het gezichtspunt van bijzonder belang werd geacht,<sup>203</sup> één waarin het gezichtspunt ‘enigszins’ meewoog<sup>204</sup> en is in één vonnis, zoals aangegeven, sprake van een neutrale weging.<sup>205</sup>

### 5.3.5 Gezichtspunt d

Het vierde gezichtspunt waarmee de rechter rekening dient te houden betreft de vraag in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn. Ten aanzien van dit

---

<sup>195</sup> Dat was het geval in de uitspraken 3, 8, 9, 11, 13, 15, 19, 20, 22, 28, 30 tot en met 32, 35, 37, 39, 50 tot en met 53, 56 en 58.

<sup>196</sup> Zie de uitspraken 1, 4 tot en met 6, 16, 17, 24, 33, 36, 38, 41, 44 tot en met 46, 49, 54, 55 en 57.

<sup>197</sup> Zie in dit kader ook Waterman 2009, p. 159. Zij heeft erop gewezen dat gezichtspunt c naar zijn aard vaag is en daardoor vatbaar is voor langdurige discussie. Uit het voorgaande blijkt dat ook uit de lagere rechtspraak geen duidelijk beeld naar voren komt.

<sup>198</sup> Uitspraak 47.

<sup>199</sup> Uitspraken 18 en 23.

<sup>200</sup> Uitspraak 21.

<sup>201</sup> Uitspraak 34.

<sup>202</sup> Uitspraken 6 en 38.

<sup>203</sup> Uitspraak 57.

<sup>204</sup> Uitspraak 31.

<sup>205</sup> Uitspraak 47.

gezichtspunt overwoog de Kantonrechter Roermond in zijn vonnis van 10 februari 2010,<sup>206</sup> dat het de kern raakt van het bestaan van de verjaringstermijn. Desondanks geldt ook voor deze factor dat de wijze waarop daaraan in de lagere rechtspraak invulling wordt gegeven en het gewicht dat aan het gezichtspunt wordt toegekend behoorlijk uiteen kan lopen.

Uit de formulering van gezichtspunt d vloeit voort dat niet alleen moet worden beoordeeld óf de aangesprokene er, kort gezegd, rekening mee heeft moeten houden dat hij aansprakelijk zou zijn. Wanneer dit het geval is, zal ook moeten worden bekeken ‘in hoeverre’ dat het geval is. Daarbij spreekt het voor zich dat het gezichtspunt tegen doorbreking van de verjaringstermijn pleit indien de aangesprokene hiermee geen rekening heeft gehouden en ook niet heeft hoeven houden. Wanneer het oordeel luidt dat de aangesprokene er wel rekening mee heeft gehouden of in ieder geval had moeten houden dat hij aansprakelijk zou zijn, spreekt dat voor doorbreking. Tussen deze twee uitersten is een groot aantal gradaties denkbaar.

Dit laatste aspect komt in de lagere rechtspraak slechts mondjesmaat tot uiting. In praktisch alle gevallen luidt het oordeel namelijk dat de aangesprokene er wel<sup>207</sup> of niet<sup>208</sup> rekening mee moest houden dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn. Dit betreffen dus voornoemde twee uitersten. Voor verdere verfijning, wanneer geoordeeld wordt dat de aangesprokene rekening moest houden met aansprakelijkheid, lijkt, hoewel de formulering van de Hoge Raad wel die kant op wijst, weinig plaats te zijn. Ik wijs voor twee uitzonderingen die deze regel bevestigen op het vonnis van de Rechtbank Middelburg van 11 september 2002<sup>209</sup> en het (veel recentere) vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 12 oktober 2011.<sup>210</sup> In het eerstgenoemde vonnis werd geoordeeld dat De Schelde, gezien de twijfel die bij haar ook tijdens het verstrijken van de verjaringstermijn kon bestaan omtrent haar aansprakelijkheid tegenover huisgenoten van haar werknemers, met betrekking tot de periode dat de werkkleding nog niet op het bedrijf werd gewassen, De Schelde maar *in beperkte mate* met een dergelijke aansprakelijkheid rekening kon houden. Naar het oordeel van de rechtbank was dit één van de (twee) doorslaggevende gezichtspunten. Zij kwam dan ook tot het oordeel dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was. In het

---

<sup>206</sup> Uitspraak 47.

<sup>207</sup> Zie in dit verband de uitspraken 3, 4, 5, 8, 9, 13, 20, 22, 28, 29, 32, 35, 37 tot en met 39, 47, 50 tot en met 53 en 58.

<sup>208</sup> Uitspraken 1, 17, 21, 24, 31, 33, 36, 41, 44 en 54.

<sup>209</sup> Uitspraak 6.

<sup>210</sup> Uitspraak 57.

vonnis van de Rechtbank Rotterdam, dat eveneens betrekking heeft op een geval van thuisbesmetting, treffen we een identieke overweging aan. Ook in deze uitspraak werd het verjaringsverweer gehonoreerd, maar de Rechtbank Rotterdam kende, hoewel zij oordeelde dat gezichtspunt d voor toepassing van de verjaringstermijn pleitte, anders dan de Middelburgse rechtbank, geen doorslaggevend belang toe aan deze factor. Andere voorbeelden van uitspraken waarin ook uitdrukkelijk is ingegaan op de vraag ‘in hoeverre’ met aansprakelijkheid rekening moest worden gehouden, heb ik niet aangetroffen.

Een ander aspect dat voortvloeit uit de door de Hoge Raad gebezigde formulering betreft de vraag of vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening met aansprakelijkheid moest worden gehouden. Hoewel dit aspect uitsluitend een rol van betekenis speelt indien het oordeel luidt dat de aangesprokene daar rekening mee had moeten houden, wordt daar lang niet in alle uitspraken ook daadwerkelijk op ingegaan. Van de 21 uitspraken waarin de rechter tot het oordeel kwam dat rekening moest worden gehouden met aansprakelijkheid,<sup>211</sup> werd slechts in ongeveer de helft van de zaken, te weten in 12 uitspraken,<sup>212</sup> ook uitdrukkelijk geoordeeld dat hiermee rekening moest worden gehouden voorafgaand aan het verstrijken van de verjaringstermijn. In het kader van de discussie of de verjaringstermijn moet worden doorbroken, lijkt dat toch een essentieel aspect te zijn.

Hoe wordt inhoudelijk invulling gegeven aan dit gezichtspunt? In de eerste plaats vloeit uit de onderzochte rechtspraak voort dat, wanneer de rechter tot de vaststelling komt dat de laedens wist dat asbest een (gezondheids)risico vormde, daaraan het gevolg wordt gekoppeld dat hij ook met aansprakelijkheid rekening diende te houden.<sup>213</sup> Voor wat betreft de kennis van de aangesprokene vormt het proefschrift van Stumphius uit 1969 vaak het omslagpunt,<sup>214</sup> zo komt in verschillende uitspraken tot uitdrukking.<sup>215</sup> Dat geldt met name voor bedrijven

---

<sup>211</sup> Zie voetnoot 195.

<sup>212</sup> Uitspraken 3, 5, 9, 22, 32, 35, 38, 50 tot en met 53 en 58.

<sup>213</sup> Een dergelijke redenering treffen we bijvoorbeeld aan in de uitspraken 20, 22, 28, 32, 39, 49 en 58.

<sup>214</sup> Stumphius bevestigde in zijn proefschrift namelijk het verband tussen blootstelling aan asbest en de ziekte mesothelioom. Zie hierover verder ook Ruers 2012, p. 146.

<sup>215</sup> Vgl. de uitspraken 3, 4, 5, 13, 34, alsmede 50 tot en met 53. Dit is anders indien het dienstverband met de gelaedeerde (acht jaar) voor het verschijnen van het proefschrift van Stumphius was geëindigd, zoals aan de orde was in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof Den Haag van 31 augustus 2007 (uitspraak 24). Ook in het vonnis van de Kantonrechter Rotterdam van 21 januari 2011 (uitspraak 54) komt duidelijk naar

uit de asbestproducerende en -verwerkende industrie.<sup>216</sup> Zo overwoog het Hof Den Haag in zijn arrest van 3 april 2012, dat Eternit reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening had behoren te houden met de mogelijkheid dat zij voor de schade aansprakelijk zou zijn, omdat in die periode, de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw, ook de gevaren voor het ontstaan van mesotheliom bij haar ‘als internationaal opererend asbestproducent’ bekend mogen worden verondersteld. Daarentegen oordeelde de Rechtbank Rotterdam in haar vonnis van 17 februari 2009, dat niet valt in te zien waarom Maersk (een rederij, dus geen asbestproducent) er, gelet op het proefschrift van Stumphius en door de eisende partij overgelegde krantenartikelen, op bedacht had moeten zijn dat zij aansprakelijk zou worden gesteld door mogelijke mesotheliom-slachtoffers.<sup>217</sup>

Hieruit blijkt dat niet alleen de aard van (het bedrijf van) de aangesproken partij van belang kan zijn voor de invulling van gezichtspunt d, voor de aard van de aansprakelijkheid geldt dat evenzeer. In de rechtspraak wordt namelijk onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin een voormalig werknemer schade lijdt en het geval dat een derde gelaedeerde is. In gevallen van thuisbesmetting wordt namelijk minder snel aangenomen dat de laedens er vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening mee moest houden dat hij aansprakelijk zou zijn.<sup>218</sup> Illustratief in dit verband is het arrest van het Hof Amsterdam van 18 november 2008.<sup>219</sup> Het hof overwoog:

‘Hertel heeft (...) als verweer gevoerd, kort samengevat, dat als juist zou zijn dat zij al in de jaren zestig van de vorige eeuw bekend was met de gevaren van asbest en al vóór 1997 meermalen door werknemers, oud-werknemers en derden is aangesproken, dit niet meebrengt dat zij rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat zij voor de schade van niet-werknemers aansprakelijk kon zijn, maar dat daarvan pas sprake is geworden na het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 15 maart 2000<sup>220</sup> en het arrest van de Hoge Raad

---

voren dat 1969 het omslagpunt vormt. Echter, de te beoordelen periode betrof de jaren 1957-1961. De kantonrechter kwam tot het oordeel de aangesproken partij met de door haar genoemde wetenschappelijke publicaties afdoende heeft aangetoond dat zij in die tijd nog helemaal niet bekend was met de gevaren van asbest, althans niet met het feit dat asbest mesotheliom kan veroorzaken.

<sup>216</sup> Aldus ook Hebly & Lindenberg 2013, p. 166.

<sup>217</sup> Zie voor een ander voorbeeld uitspraak 23.

<sup>218</sup> Zie de uitspraken 6, 33 en 49. Voor een geval van thuisbesmetting waarin gezichtspunt d voor doorbreking van de verjaringstermijn pleitte, wijs ik op uitspraak 49.

<sup>219</sup> Uitspraak 31.

<sup>220</sup> JAR 2000/96.

van 17 december 2004,<sup>221</sup> beide in de zaak Hertel/Van der Lugt, omdat vóór het vonnis van de rechtbank de vordering van Van der Lugt door de president van de rechtbank bij vonnis van 28 maart 1997<sup>222</sup> en door het hof bij arrest van 24 april 2000<sup>223</sup> was afgewezen. Het hof kan Hertel in dit verweer volgen, reeds omdat de enkele omstandigheid dat zij voordien wellicht reeds aansprakelijk zou zijn gesteld door onder meer niet-werknemers geenszins impliceert dat zij daardoor rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat zij voor de schade aansprakelijk zou zijn.’

In dit arrest wordt de stand in de rechtspraak ten aanzien van aansprakelijkheid voor asbestgerelateerde schade gebruikt om gezichtspunt d in te vullen. We zien in meer uitspraken terug dat wordt ingegaan op de relevantie van de rechtspraak en/of de maatschappelijke aandacht voor de (gezondheids)risico's van asbest.<sup>224</sup>

Anders dan in het hiervoor opgenomen citaat, zijn er verschillende uitspraken aan te wijzen waarin werd geoordeeld dat het gegeven dat de aangesprokene al eerder met een claim was geconfronteerd bijdroeg aan de bewustheid die van hem mocht worden verwacht.<sup>225</sup> Het feit dat de aangesproken partij nog niet eerder aansprakelijk werd gehouden pakt in de lagere rechtspraak op verschillende manieren uit. Zo achtte de Kantonrechter Utrecht het van belang dat de aangesproken universiteit niet eerder met een soortgelijke aansprakelijkstelling was geconfronteerd, op één uitzondering na waarin volgens de universiteit slechts enige correspondentie is gevoerd, zo is in het vonnis te lezen.<sup>226</sup> De Kantonrechter Roermond kwam daarentegen tot het oordeel dat het gegeven dat de aangesproken partij niet eerder was aangesproken geen gewicht in de schaal legt.<sup>227</sup> En de Kantonrechter Almelo deed het nog (iets) anders door het breder te trekken en niet uitsluitend te kijken naar de aangesproken partij. Bij vonnis van 13 oktober 2009<sup>228</sup> overwoog hij dat de eisende partij niet heeft weersproken dat Gorate volgens haar stelling voor 1998, het einde van de verjaringstermijn van 30 jaar, niet eerder ter zake van asbestblootstelling door een werknemer is aangesproken. De kantonrechter

---

<sup>221</sup> JAR 2005/32.

<sup>222</sup> Het is mij niet bekend of deze uitspraak gepubliceerd is.

<sup>223</sup> Idem.

<sup>224</sup> Ik verwijs daarvoor naar de uitspraken 9, 21, 32, 38, 39, 47 en 50 tot en met 53.

<sup>225</sup> Zie de uitspraken 28 en 35. Uit uitspraak 36 volgt dat, wanneer de eisende partij stelt dat het haar bekend is dat de gelaedeerde reeds eerder aansprakelijk is gesteld, het op haar weg ligt deze stelling nader te onderbouwen.

<sup>226</sup> Zie hierover uitspraak 18.

<sup>227</sup> Uitspraak 47.

<sup>228</sup> Uitspraak 41.



vervolgde dat, de eisende partij evenmin heeft gesteld of aannemelijk heeft gemaakt dat voor 1998 bij andere, soortgelijke bouwbedrijven dit soort aansprakelijkstellingen hebben plaatsgevonden, waardoor het in de branche van bouwbedrijven bekend had moeten zijn dat er claims zouden kunnen komen wegens besmetting als gevolg van het bij Gorate werken met asbestgolfplaten.

Verder kan belang toekomen aan de bedrijfsstructuur van de aangesproken partij. Zo werd in het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 24 juni 2009<sup>229</sup> wetenschap van de moedervennootschap (Eternit) aan de dochter (Nefalit) toegerekend, juist gelet op die moeder/dochterverhouding. Uit het vonnis van de President van de Rechtbank Rotterdam van 19 juni 2001<sup>230</sup> vloeit voort dat ingeval van een bedrijfsovername de bewustheid die er bij de rechtsvoorganger diende te zijn niet aan de verkrijger wordt toegerekend indien deze op het moment dat de verjaringstermijn verstreek nog geen enkele activiteit had uitgevoerd (de betrokken vennootschap was lange tijd een zogenoemde lege of plank-BV) en de verkrijger heel andere activiteiten uitvoert dan de rechtsvoorganger, die wel asbest heeft vervoerd.<sup>231</sup> Uit het vonnis van de Rechtbank Almelo van 24 december 2008<sup>232</sup> volgt dat bij de invulling van gezichtspunt d van belang is of de aangesproken rechtspersoon nog dezelfde activiteiten verricht als ten tijde van de asbestblootstelling.

In een beperkt aantal uitspraken komt naar voren dat de aangesproken partij voor het verstrijken van de verjaringstermijn ook daadwerkelijk rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat zij aansprakelijk zou zijn.<sup>233</sup> In de rechtspraak is wat dat aangaat genoemd: het bewaren van personeelsgegevens, het vastleggen van bewijsmateriaal (zoals over de werkomstandigheden, gebruikte materialen en over getroffen voorzorgsmaatregelen), het verzekeren van de risico's, alsmede het treffen van financiële voorzieningen.<sup>234</sup>

Hieruit blijkt dat de overgang tussen gezichtspunt d en gezichtspunt e (betreffende de vraag of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft om zich tegen de vordering te verweren) een vloeiende is. Beide gezichtspunten lopen in elkaar over, aangezien de mogelijkheid tot het kunnen

---

<sup>229</sup> Uitspraak 37.

<sup>230</sup> Uitspraak 1.

<sup>231</sup> Deze uitspraak is in de literatuur op kritiek gestuit, met name van Smeehuijzen. Zie Smeehuijzen 2006, p. 62.

<sup>232</sup> Uitspraak 32.

<sup>233</sup> Zie de uitspraken 3 en 5. In uitspraak 9 is ten aanzien van dit aspect slechts overwogen dat gesteld noch gebleken is in hoeverre Verolme met de mogelijkheid van aansprakelijkheid rekening heeft gehouden.

<sup>234</sup> Ik verwijs naar de uitspraken 4, 5 en 50 tot en met 54.

voeren van verweer in grote mate afhankelijk zal zijn van de bewustheid van de laedens dat hij aansprakelijk zou kunnen worden gehouden, omdat hij pas daarna werk heeft kunnen maken van het verzamelen, vastleggen en bewaren van bewijsmateriaal, hetgeen nodig is voor het kunnen voeren van verweer tegen de ingestelde vordering.

Hetzelfde geldt voor de relatie met gezichtspunt f, aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt. Voor het afsluiten van een verzekering is bewustheid van de risico's vereist, tenzij de aansprakelijkheid bijvoorbeeld al op grond van een (algemene) aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven zou zijn gedekt.

Ook de relatie met het oordeel over de aansprakelijkheid (vgl. gezichtspunt c) komt in verschillende uitspraken aan de orde. In het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Almelo van 4 juni 2008<sup>235</sup> lezen we dat de rechter het verweer dat Eternit geen rekening heeft kunnen houden met eventuele vorderingen niet volgt, aangezien sprake is van onrechtmatig handelen van Eternit door zonder waarschuwingen of aanwijzingen asbestproducten in het verkeer te brengen, terwijl zij wist dat dit risico's met zich bracht. En de Kantonrechter Utrecht<sup>236</sup> oordeelde (nog explicieter) dat gezichtspunt d bezwaarlijk los kan worden gezien van de vraag naar de aansprakelijkheid zelf. De kantonrechter verwees vervolgens naar zijn eerdere overwegingen betreffende de aansprakelijkheidsvraag, waarin hij tot het oordeel was gekomen dat de aangesprokene niet aansprakelijk was door het in de jaren 1962-1963 achterwege laten van het treffen van voorzorgsmaatregelen.

Bij gezichtspunt d komen dus verschillende andere factoren samen. De aan het begin van deze subparagraaf vermelde overweging van de Kantonrechter Roermond, dat gezichtspunt d de kern van het bestaan van de verjaringstermijn raakt, lijkt dan ook juist te zijn.

In een beperkt aantal uitspraken krijgt de stelplicht aandacht. Dat is allereerst het geval in het arrest van het Hof Amsterdam van 30 juni 2005,<sup>237</sup> waarin het hof oordeelde dat Ajax, de aangesproken partij, niet was ingegaan op een bepaalde door de eisende partij overgelegde productie, zodat het hof niet uitsluit dat Ajax al voor het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft kunnen, en alsdan moeten houden met de mogelijkheid van een (toekomstige) claim van het slachtoffer. Het hof voegde hieraan toe dat het te weinig informatie heeft om ten aanzien van gezichtspunt d een uitspraak te doen. Dat was wellicht anders

---

<sup>235</sup> Uitspraak 29.

<sup>236</sup> Vonnis van 3 februari 2010 (uitspraak 46).

<sup>237</sup> Uitspraak 16.

geweest indien Ajax de stellingen van de eisende partij ten aanzien van deze factor gemotiveerd en wellicht ook gedocumenteerd had betwist.

Een ander voorbeeld biedt het arrest van het Hof Amsterdam van 15 december 2009.<sup>238</sup> Het hof overwoog dat in zijn algemeenheid kan worden gesteld dat bij ondernemingen die in het verleden asbestgerelateerde activiteiten hebben verricht, het besef dat (toekomstige) schadevergoedingsvorderingen van (voormalige) werknemers te verwachten zijn reeds jaren geleden moet zijn doorgedrongen, maar dat het onder de gegeven omstandigheden op de weg van de gelaedeerde had gelegen om tegenover de betwisting van de aangesprokene relevante feiten en omstandigheden aan te dragen ter onderbouwing van zijn stelling. Dat had hij echter nagelaten, zodat de slotsom luidde dat gezichtspunt d tegen doorbreking van de verjaringstermijn pleitte.<sup>239</sup>

Van de 58 bestudeerde zaken, is in 44 uitspraken op gezichtspunt d ingegaan. In 24 gevallen<sup>240</sup> luidde het oordeel dat deze factor voor doorbreking van de verjaringstermijn pleitte en in 15 gevallen<sup>241</sup> leverde het gezichtspunt een argument tegen doorbreking op. In vier zaken is het onzeker of het gezichtspunt nu voor of tegen doorbreking pleit.<sup>242</sup> Blijft over uitspraak 55, het arrest van het Hof Den Haag van 25 januari 2011. Het hof sprak in dit arrest geen oordeel uit over gezichtspunt d, maar het overwoog wel dat, zelfs indien de gelaedeerde zou weten te bewijzen dat de tot schadevergoeding aangesproken partij reeds voor

---

<sup>238</sup> Uitspraak 44.

<sup>239</sup> Uit dit arrest blijkt dat de omvang van de stelplicht ook kan worden bepaald door het door de wederpartij gevoerde verweer. Indien dat een concreet en steekhoudend verweer is, zal de eisende partij daar iets tegenover moet stellen. Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 4.2.3.1.

<sup>240</sup> Uitspraken 3 tot en met 5, 8, 9, 13, 16, 20, 22, 28, 29, 32, 35, 37, 38, 39, 47, 49 tot en met 53, 56 en 58.

<sup>241</sup> Uitspraken 1, 6, 17, 21, 23, 24, 31, 33, 36, 41, 44 tot en met 46, 54 en 57.

<sup>242</sup> Dat is het geval in uitspraak 11, waarin de Kantonrechter Helmond verwees naar hetgeen de president van de rechtbank eerder had overwogen in zijn vonnis van 27 maart 2001. Deze uitspraak is voor zover ik weet niet gepubliceerd, zodat ook niet duidelijk is bij welk oordeel de kantonrechter heeft willen aansluiten. In de tweede plaats wijs ik op uitspraak 18, waarin de Kantonrechter Utrecht oordeelde dat het onzeker was of de aangesprokene reeds voor het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat zij voor de schade aansprakelijk zou zijn. In het vonnis van de Rechtbank Almelo van 5 november 2008 (uitspraak 30) overwoog de rechtbank dat gezichtspunt d geen dispuut is tussen partijen, maar daarmee is onduidelijk op welke wijze het gezichtspunt aan het uiteindelijke oordeel van de rechtbank (geen doorbreking) heeft bijgedragen. In de laatste plaats wijs ik op uitspraak 34. De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat gezichtspunt d onvoldoende kan worden beoordeeld om daarover in het kader van een voorlopige voorziening op vooruit te lopen.

het verstrijken van de verjaringstermijn er rekening mee moest houden dat zij voor de schade aansprakelijk zou zijn, dit niet tot het oordeel zou (kunnen) leiden dat de verjaringstermijn doorbroken moest worden. Alle andere gezichtspunten pleitten namelijk tegen doorbreking.

Over het relatieve gewicht dat aan gezichtspunt d toekomt, is in de bestudeerde lagere uitspraken weinig terug te vinden. Het gaat om slechts twee uitspraken. In beide uitspraken werd het oordeel dat gezichtspunt d tegen doorbreking pleit kracht bij gezet, in het vonnis van de Rechtbank Middelburg van 11 september 2002<sup>243</sup> door te overwegen dat gezichtspunt d (samen met gezichtspunt c) van doorslaggevende betekenis is en in het arrest van het Hof Amsterdam van 18 november 2008<sup>244</sup> door de overweging dat gezichtspunt d ‘sterk’ in het voordeel van Hertel, de aangesproken partij, pleit.<sup>245</sup>

#### **5.3.6           Gezichtspunt e**

Het vijfde gezichtspunt uit de catalogus van het arrest Van Hese/De Schelde stelt de vraag aan de orde of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft om zich tegen de vordering te verweren. In een tweetal van de onderzochte uitspraken is het bijzondere<sup>246</sup> en essentiële<sup>247</sup> belang van dit gezichtspunt onder de aandacht gebracht. In beide zaken werd hierbij gewezen op de ratio van het instituut verjaring.<sup>248</sup>

Gezichtspunt e is één van de gezichtspunten ten aanzien waarvan de Hoge Raad in latere rechtspraak een nadere invulling heeft gegeven. In het arrest De Jong/Optimodal<sup>249</sup> uit 2004 overwoog de Hoge Raad dat het gezichtspunt, gelet op de strekking van de verjaringstermijn, zeer in het algemeen de vraag aan de orde stelt of de aangesprokene in redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren en dat daarbij niet van belang is door welke oorzaken bewijsmateriaal verloren is gegaan en of dit de aangesprokene valt toe

---

<sup>243</sup> Uitspraak 6.

<sup>244</sup> Uitspraak 31.

<sup>245</sup> Zie ook nog het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 14 januari 2009 (uitspraak 34). De rechtbank oordeelde dat er onvoldoende bekend was om de relevantie en het relatieve gewicht van gezichtspunt d te beoordelen.

<sup>246</sup> Uitspraak 38.

<sup>247</sup> Uitspraak 47.

<sup>248</sup> Zie over deze ratio onder andere Smeehuijzen 2005, p. 50 e.v. en Smeehuijzen 2008, p. 25 e.v.

<sup>249</sup> JAR 2004/289.

te rekenen.<sup>250</sup> Er hoeft dus niet te worden vastgesteld of de ‘verweermoeilijkheid’ waarin de aangesproken partij is komen te verkeren, al dan niet verschoonbaar is.<sup>251</sup> Uit de lagere rechtspraak van na dit arrest blijkt dat de oorzaak van het verloren gaan van relevante informatie en de vraag aan wie dat te wijten is niet (meer) wordt gesteld.<sup>252</sup> Er is echter één uitzondering die de regel bevestigt. Ik wijs op het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Maastricht van 16 april 2007.<sup>253</sup> In deze uitspraak werd overwogen dat Nefalit haar standpunt, dat zij bij gebreke van archiefstukken en andere bronnen niet de beschikking heeft over gegevens waaraan zij mogelijk verweermiddelen zou kunnen ontleen, in het geheel niet heeft toegelicht. Zo is, aldus de president in kort geding, onder meer niet aangegeven/gebleken ten gevolge waarvan de door Nefalit bedoelde gegevens verloren zijn gegaan en of er in redelijkheid geen mogelijkheden bestonden/bestaan om deze gegevens op enigerlei wijze te reconstrueren, zodat ook niet kan worden vastgesteld of de ‘verweermoeilijkheid’ waarin Nefalit is komen te verkeren, verschoonbaar is. Voor een partij die meer dan 30 jaar na het eindigen van het dienstverband met een bepaalde werknemer of meer dan 30 jaar nadat zich een geval van thuisbesmetting heeft voorgedaan, aansprakelijk wordt gesteld, is het in beginsel lastig om nog deugdelijk, dat wil zeggen concreet en onderbouwd, verweer te voeren tegen de jegens haar ingestelde vordering. Het enkele feit dat er geruime tijd is verstreken is hier debet aan. Dit is een aspect dat in de lagere rechtspraak dan ook regelmatig tot uitdrukking komt.<sup>254</sup>

<sup>250</sup> In sommige uitspraken wordt door de lagere rechter ook met zoveel woorden naar dit arrest verwezen of daaraan gerefereerd. Zie bijvoorbeeld de uitspraken 39, 46, 47 en 55.

<sup>251</sup> In zijn noot onder De Jong/Optimodal stelde Snijders dat doorbreking van de objectieve verjaringstermijn slechts aangewezen zal zijn in het geval de billijkheid jegens de wederpartij zich daartegen niet verzet. Maar wat nu indien vast komt te staan dat die wederpartij heel opzettelijk materiaal heeft vernietigd om bewijs van schadeplechtigheid te voorkomen. Vergt de billijkheid, zo vroeg de annotator zich af, dan toch dat gezichtspunt e ten voordele van die partij uitwerkt? En, zo voegde hij toe, als het inderdaad gaat om die moeilijkheden die het loslaten van de verjaringstermijn veroorzaken, waarom zou er dan niet vergeleken kunnen worden met de bewijssituatie die bestond op het moment dat die termijn verstreek. Aldus Snijders laat de abstracte benadering van de Hoge Raad, die een onderzoek naar de twee door de auteur genoemde ‘deelgezichtspunten’ overbodig maakt, zich verklaren vanuit de behoefte aan hanteerbaarheid van het recht.

<sup>252</sup> Voorheen gebeurde dat wel, zo blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraken 3 en 5, waarin de Kantonrechter Middelburg overwoog dat de aangesprokene in redelijkheid geen verwijt kon worden gemaakt van het feit dat deze partij beperkt is in haar mogelijkheden nog verweer te voeren tegen de vordering.

<sup>253</sup> Uitspraak 20.

<sup>254</sup> Ik wijs op de uitspraken 23, 24, 31, 36, 38, 40 en 53.

Uiteraard kan ook aan andere oorzaken worden gedacht, die overigens wel verband houden met het verstrijken van de tijd. In een periode van 30 jaar of meer kan er vanzelfsprekend van alles gebeuren, zoals bijvoorbeeld het verloren gaan van gegevens door overstromingen, brand, overnames,<sup>255</sup> fusies,<sup>256</sup> het opheffen van de desbetreffende afdeling,<sup>257</sup> bedrijfsbeëindiging of een faillissement.<sup>258</sup> Het is uiteraard ook mogelijk dat de aangesprokene de relevante gegevens (bijvoorbeeld over de specifieke werkomstandigheden) simpelweg niet over zo'n lange periode heeft bewaard,<sup>259</sup> waarbij van belang kan zijn dat daartoe ook geen wettelijke verplichting bestond.<sup>260</sup>

Waar moeten we aan denken wanneer we het hebben over de mogelijkheid van de aangesprokene verweer te voeren? Het dient daarbij niet alleen te gaan om de algemene aspecten van het werken met asbest en de kenbaarheid van de risico's die dit met zich brengt.<sup>261</sup> Het moet, onder andere blijkens het vonnis van de Kantonrechter Almelo van 13 oktober 2009,<sup>262</sup> gaan om aspecten als de aanvang van het dienstverband, de duur van de blootstelling aan asbest, de aard en de omvang van de projecten waaraan de gelaedeerde heeft gewerkt en de wijze waarop het werk werd verricht. Het kan, in gevallen van thuisbesmetting, ook gaan om gegevens omtrent het gebruik en onderhoud van werkkleding.<sup>263</sup> Het gaat namelijk om de vraag of er nog reële verweermogelijkheden bestaan in het specifieke voorliggende geval.<sup>264</sup> De aangesprokene kan zich daarbij niet beperken tot bewijs dat beschikbaar is in eigen dossiers en archieven. Onder omstandigheden kan van de aangesprokene namelijk worden verlangd dat (ook) wordt geput uit andere bronnen,<sup>265</sup> waarbij geldt dat de aangesprokene er blijk van zal moeten geven zich voldoende te hebben ingespannen om het gebrek aan verweermogelijkheden zoveel als mogelijk op te heffen.<sup>266</sup> Voor wat betreft het

---

<sup>255</sup> In uitspraak 9 worden deze drie oorzaken genoemd.

<sup>256</sup> Uitspraak 17.

<sup>257</sup> Uitspraak 18.

<sup>258</sup> Uitspraken 21 en 41.

<sup>259</sup> Zoals aan de orde was in de uitspraken 3 en 5.

<sup>260</sup> Uitspraak 41.

<sup>261</sup> Zie hierover de uitspraken 38 en 57.

<sup>262</sup> Uitspraak 41.

<sup>263</sup> Vgl. uitspraak 6.

<sup>264</sup> Zie bijvoorbeeld uitspraak 57.

<sup>265</sup> Zie in dit verband de uitspraken 9, 35 en 44.

<sup>266</sup> Aldus Pres.Rb. Dordrecht 17 juli 2003 (uitspraak 9). Vgl. ook uitspraak 1, waarin de President van de Rechtbank Rotterdam overwoog dat Optimodal (de aangesproken partij) uitvoerig uiteen heeft gezet welke pogingen zij heeft ondernomen om informatie over Koppe (de rechtsvoorganger van Optimodal) en de door De Jong (de gelaedeerde)

aanwenden van andere bronnen is in de lagere rechtspraak meermalen gewezen op de mogelijkheid van het doen horen van getuigen.<sup>267</sup>

De vraag vanaf welk moment de aangesproken partij reden had om relevante gegevens te bewaren, houdt nauw verband met gezichtspunt d. Immers, vanaf het moment dat de aangesprokene rekening moest houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn, was er aanleiding om dossiers aan te leggen (voor zover dat niet al was gebeurd) en andere informatie te verzamelen en te bewaren. De link met gezichtspunt d wordt dan ook in verschillende uitspraken uitdrukkelijk gelegd.<sup>268</sup> In paragraaf 5.3.5 is vermeld dat het verschijnen van het proefschrift van Stumphius in 1969 in de lagere rechtspraak voor wat betreft gezichtspunt d veelal als omslagmoment is aangemerkt, omdat vanaf dat moment de relatie tussen het werken met asbest en de ziekte mesotheliom kenbaar werd. In het verlengde hiervan overwoog het Hof Den Haag in zijn arrest van 24 juli 2002,<sup>269</sup> dat De Schelde vanaf 1969<sup>270</sup> mogelijk relevant bewijsmateriaal heeft kunnen vastleggen en bewaren. De keerzijde hiervan is dat die mogelijkheden er niet waren wanneer het dienstverband met de gelaedeerde reeds eindigde vóór 1969.<sup>271</sup> Dat kan een argument zijn voor het standpunt dat er in redelijkheid geen mogelijkheden zijn om zich nog tegen de ingestelde vordering te verweren.

---

gestelde feiten te achterhalen, doch dat aannemelijk is dat zij te dien aanzien voor dit geding geen relevante informatie heeft kunnen verkrijgen.

<sup>267</sup> Uitspraken 39, 47 en 57. De Kantonrechter Roermond heeft er in zijn vonnis van 10 februari 2010 (uitspraak 47) op gewezen dat getuigenbewijs, zeker naarmate de tijd verstrijkt, minder betrouwbaar wordt en dat daarmee het voeren van verweer wordt bemoeilijkt. De kantonrechter voegde daaraan toe dat ook niet kan worden gezegd dat een en ander zo weinig bewijskracht heeft dat in redelijkheid geen verweer meer kan worden gevoerd. Zie ook uitspraak 38, waarin de Rechtbank Rotterdam de verwachting uitsprak dat getuigenverklaringen geen voldoende duidelijkheid zullen verschaffen.

<sup>268</sup> Zoals in de uitspraken 4, 20, 37 en 49. In dit verband merk ik op dat in de uitspraken van de Rechtbank Almelo van 5 november 2008 (uitspraak 30) en 20 november 2008 (uitspraak 32) aan gezichtspunt e een bij gezichtspunt d passende invulling is gegeven. In beide uitspraken werd geoordeeld dat de aangesprokene naar het oordeel van de rechtbank voor het verstrijken van de verjaringstermijn rekening had moeten houden met aansprakelijkheden als de onderhavige, mede gelet op het voortschrijdend inzicht omtrent asbestgerelateerde ziektes (als mesotheliom) respectievelijk de daarmee gepaard gaande lange(re) incubatietijden. Deze overweging zegt echter niets over de vraag of de aangesprokene in redelijkheid nog mogelijkheden had zich tegen de vordering te verweren.

<sup>269</sup> Uitspraak 4.

<sup>270</sup> In welk kader ook het verschijnen van het proefschrift van Stumphius is genoemd.

<sup>271</sup> Aldus uitdrukkelijk in de uitspraken 3, 5 en 24.

Overigens bieden de door de feitenrechters gewezen uitspraken ook nog tal van argumenten voor de stelling dat er nog wel mogelijkheden tot het voeren van verweer zijn, zodat gezichtspunt e in het voordeel van de gelaedeerde pleit. Ik wijs in dit verband op het gegeven dat het voor de aangesprokene gemakkelijker kan zijn om bepaalde informatie na te gaan,<sup>272</sup> dat de aangesprokene zelf heeft erkend dat er nog mogelijkheden tot het voeren van verweer zijn<sup>273</sup> of het feit dat de aangesprokene daadwerkelijk (uitvoerig) verweer heeft gevoerd,<sup>274</sup> waarbij moet worden aangetekend dat het gegeven dat de aangesprokene in de ene procedure (voldoende) verweer heeft kunnen voeren, niet betekent dat hij ook in andere procedures per definitie nog de mogelijkheid heeft om zich tegen de vordering te verweren.<sup>275</sup> Ook kan van belang zijn dat de aangesprokene niet heeft gesteld op welke punten hij mogelijk verweer had kunnen voeren indien het tijdsverloop minder lang was geweest.<sup>276</sup>

Ook op andere punten wordt in de lagere rechtspraak aandacht besteed aan de stelplicht. Zo oordeelde het Hof Arnhem bij arrest van 27 februari 2007,<sup>277</sup> dat (ook) gezichtspunt e niet tot voordeel van de aangesproken partij strekt, aangezien zij daaromtrent niets heeft aangevoerd. Naar het oordeel van het hof lag het dus in de eerste plaats op de weg van de aangesprokene om te betogen dat gezichtspunt e dient bij te dragen aan het oordeel dat vast moet worden

---

<sup>272</sup> Uitspraak 58. Zie in dit verband ook HR 6 april 1990, NJ 1990, 573. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat de door de rechtbank vooropgestelde algemene regel omtrent stelplicht en bewijslast als uitgangspunt weliswaar juist is, maar dat wordt miskend dat de zware bewijslast die dit uitgangspunt in beginsel op de werknemer legt, gevolgen heeft voor de eisen waaraan de motivering door de werkgever van zijn betwisting van de stellingen van de werknemer – die zich wegens de aard van de materie vaak noodgedwongen tot hoofdlijnen zal moeten beperken – dient te voldoen. Met name zal de werkgever in het kader van die motivering in het algemeen de omstandigheden dienen aan te geven, die meer in zijn sfeer dan in die van de werknemer liggen. Zie ook uitspraak 55, waarin uitdrukkelijk naar dit arrest van de Hoge Raad is verwezen. Het Hof Den Haag overwoog in zijn arrest van 25 januari 2011, dat Maersk – de aangesproken partij – bij doorbreking van de verjaringstermijn ten aanzien van stelplicht en bewijs in ‘verweersnood’ zal verkeren, zodat dit gezichtspunt in de totale weging geen gewicht in de schaal legt ten gunste van de doorbreking van de verjaring. Het hof voegde hieraan toe dat de werkgever onder omstandigheden gehouden kan zijn om zich (meer) gemotiveerd uit te laten over de feitelijke werkomstandigheden, hier niet aan af doet. Het hof verwees in dit kader naar voornoemd arrest van de Hoge Raad.

<sup>273</sup> Uitspraak 28.

<sup>274</sup> Zie wat dit aspect aangaat de uitspraken 29, 36, 41 en 49.

<sup>275</sup> Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien het feitencomplex van de verschillende zaken niet relevant met elkaar overeenkomt, zoals volgt uit uitspraak 31.

<sup>276</sup> Uitspraak 37.

<sup>277</sup> Uitspraak 19.



gehouden aan de geldende verjaringstermijn. Bovendien dient de aangesprokene zijn stelling toe te lichten.<sup>278</sup>

Dat de lagere rechtspraak op het punt van de stelplicht niet steeds op één lijn zit, volgt uit het arrest van het Hof Amsterdam van 15 december 2009.<sup>279</sup> In dit arrest stelde het hof in algemene zin voorop dat, nu enerzijds vaststaat dat de rechtsvordering in beginsel verjaard is en anderzijds de nabestaanden zich erop beroepen dat het beroep van de aangesprokene op verjaring onaanvaardbaar is, de nabestaanden in beginsel de daartoe relevante feiten en omstandigheden moeten stellen en bij betwisting ook moeten bewijzen. Hieruit volgt dat het in de eerste plaats aan de gelaedeerde of diens nabestaande(n) is om te stellen dat de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren, waarna het aan de aangesprokene zal zijn om deze stelling voldoende gemotiveerd te betwisten. Immers, zoals in paragraaf 4.2.3.2 uiteen is gezet, komt een stelling van de ene partij in rechte vast te staan indien deze niet of niet voldoende gemotiveerd wordt weersproken (art. 149 Rv). De rechtspraak ten aanzien van gezichtspunt e biedt verschillende voorbeelden waarin de rechter tot het oordeel kwam dat de stellingen van de ene partij onweersproken zijn gebleven.<sup>280</sup>

In 20 van de 46 uitspraken, waarin gezichtspunt e aan de orde komt, levert deze factor een argument tegen doorbreking van de verjaringstermijn op.<sup>281</sup> In vier van die uitspraken kwam de rechter tot het oordeel dat de aangesprokene ‘ernstig’ is beperkt in de mogelijkheden zich tegen de vordering te verweren.<sup>282</sup> De Kantonrechter Rotterdam ging nog iets verder in zijn vonnis van 21 januari 2011. De kantonrechter overwoog dat het voeren van verweer door de aangesprokene ‘schier onmogelijk’ was geworden.

In 15 uitspraken luidde het oordeel dat er voor de aangesprokene (nog) wel mogelijkheden waren om zich tegen de vordering te verweren.<sup>283</sup> In

---

<sup>278</sup> Zo volgt uit uitspraak 20.

<sup>279</sup> Uitspraak 44.

<sup>280</sup> Zie de uitspraken 54 en 55.

<sup>281</sup> Zie de uitspraken 1, 3, 5, 16, 17, 18, 20, 21, 23, 24, 31, 33, 36, 41, 42, 44, 45, 54, 55 en 57. In uitspraak 16 was het oordeel wat voorzichtiger. Het Hof Amsterdam overwoog bij arrest van 30 juni 2005 dat ernstig valt te betwijfelen of de aangesprokene in redelijkheid nog de mogelijkheid heeft om zich tegen de vordering te verweren.

<sup>282</sup> Ik wijs op de uitspraken 3, 5, 21 en 45.

<sup>283</sup> Uitspraken 4, 6, 8, 9, 22, 25, 28, 29, 30, 32, 35, 37, 39, 47 en 49. Soms is het oordeel wat meer impliciet en voorzichtiger. Geoordeeld wordt dan bijvoorbeeld dat niet gebleken is dat de aangesprokene zich niet meer kan verweren, zoals in de uitspraken 8 en 22 het geval was.

opvallend veel uitspraken blijft onduidelijk welke richting de rechter nu precies met het onderhavige gezichtspunt op wil. Dat is bijvoorbeeld het geval omdat wordt verwezen naar een eerder kort gedingvonnis<sup>284</sup> of de uitspraak in eerste aanleg,<sup>285</sup> waarbij wordt aangesloten, maar waarbij niet is vermeld wat de eerdere overwegingen inhielden. In verschillende zaken werd geoordeeld dat bepaalde argumenten voor het standpunt van de gelaedeerde pleitten, terwijl andere aspecten juist in het voordeel van de aangesproken partij werkten.<sup>286</sup> Uit deze, wat men zou kunnen noemen, ‘enerzijds-anderzijds-uitspraken’ blijkt in beginsel echter niet hoe nu precies het oordeel van de rechter luidt en in het voordeel van welke partij het gezichtspunt gewicht in de schaal heeft gelegd. Overigens kan het feit dat voor het standpunt van beide partijen iets te zeggen is, leiden tot het oordeel dat aan gezichtspunt e slechts beperkt gewicht toekomt.<sup>287</sup>

Iets anders is dat uit de overwegingen van verschillende uitspraken lijkt te volgen dat gezichtspunt e ten voordele van de gelaedeerde strekt, terwijl verderop in de uitspraken is vermeld dat deze factor tegen doorbreking van de verjaringstermijn pleit.<sup>288</sup> In deze uitspraken lijkt de invulling die aan het gezichtspunt wordt gegeven niet te matchen met het antwoord op de vraag welk gewicht het in de schaal legt, met andere woorden: ten voordele van welke partij het gezichtspunt strekt.

In één van de 58 onderzochte uitspraken luidde het oordeel van de rechter dat gezichtspunt e nog niet kon worden ingevuld en dat daarvoor nadere bewijsvoering nodig was.<sup>289</sup> De Rechtbank Rotterdam oordeelde in een voorlopige voorziening ex art. 223 Rv,<sup>290</sup> dat de relevantie van gezichtspunt e, alsmede het relatieve gewicht daarvan voor de uiteindelijke beslissing in de hoofdzak nog niet voldoende kan worden beoordeeld om daar in het kader van een voorlopige voorziening op vooruit te lopen.

In enkele uitspraken waarin het onderhavige gezichtspunt een rol speelt, is uitdrukkelijk aandacht besteed aan het (relatieve) gewicht dat eraan wordt toegekend. Hoewel uit de vorige paragrafen bleek dat steeds sprake was van een

---

<sup>284</sup> Zie bijvoorbeeld uitspraak 11.

<sup>285</sup> Uitspraak 56.

<sup>286</sup> Dat is het geval in de uitspraken 13, 20, 35, 38, 50 en 52.

<sup>287</sup> Zoals de conclusie luidde in uitspraak 38.

<sup>288</sup> Zie daarvoor de uitspraken 50 tot en met 53. Het gaat hier overigens in alle vier de gevallen om een Rotterdamse uitspraak.

<sup>289</sup> Uitspraak 34.

<sup>290</sup> Dit artikel biedt procespartijen de mogelijkheid om tijdens een aanhangig geding te vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening voor de duur van de procedure treft.

wisselend beeld, blijkt de rechtspraak waarin op het gewicht van gezichtspunt e wordt ingegaan behoorlijk eenduidig. In de meeste uitspraken wordt namelijk zwaar getild aan gezichtspunt e. Zo werd het gezichtspunt van bijzonder gewicht of belang geoordeeld<sup>291</sup> of werd er veel gewicht aan toegekend.<sup>292</sup> In een tweetal uitspraken werd gezichtspunt e zwaarwegend genoemd,<sup>293</sup> terwijl deze factor eenmaal doorslaggevend werd geoordeeld.<sup>294</sup> In al deze gevallen pleitte het gezichtspunt tegen doorbreking van de verjaringstermijn. Gezichtspunt e werd in één geval enigszins in het voordeel van de aangesprokene toegepast,<sup>295</sup> terwijl er in twee gevallen beperkt gewicht aan werd toegekend,<sup>296</sup> zij het eveneens in het voordeel van de aangesproken partij. Opvallend is dat in geen enkele uitspraak, waarin de conclusie luidde dat gezichtspunt e pleit voor doorbreking van de verjaringstermijn, iets wordt gezegd over het gewicht dat aan deze factor toekomt.

### 5.3.7 Gezichtspunt f

Het een-na-laatste gezichtspunt dat de Hoge Raad in het arrest Van Hese/De Schelde heeft genoemd stelt de vraag aan de orde of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt. Uit het arrest Eternit/Horsting uit 2005<sup>297</sup> bleek dat, anders dan in het cassatiemiddel was verdedigd, het enkele feit dat de aansprakelijkheid niet (meer) door verzekering is gedekt, niet betekent dat de weegschaal in het voordeel van de aangesprokene moet doorslaan. Gezichtspunt f is dus geen gezichtspunt dat op zichzelf tot het oordeel kan leiden dat het beroep op verjaring wel of niet ontoelaatbaar is; het is één van de factoren die bij de beantwoording van die vraag in ogenschouw moet worden genomen. Het gezichtspunt wordt in de lagere rechtspraak ook op die wijze toegepast; in geen van de onderzochte uitspraken is de zaak uitsluitend op basis van gezichtspunt f afgedaan.

---

<sup>291</sup> Uitspraken 20 en 57.

<sup>292</sup> Uitspraak 21.

<sup>293</sup> Uitspraken 23 en 24.

<sup>294</sup> Uitspraak 42. In de literatuur is er ook voor gepleit dat gezichtspunt e op zichzelf beschouwd doorslaggevende betekenis moet kunnen hebben. Zo schreef bijvoorbeeld Smeehuijzen dat, wanneer de conclusie luidt dat de aangesprokene niet meer de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren, het doek voor de eisende partij zou moeten vallen. De andere gezichtspunten spelen dan geen rol meer. Zie Smeehuijzen 2010, p. 50.

<sup>295</sup> Uitspraak 31.

<sup>296</sup> Uitspraken 38 en 56.

<sup>297</sup> HR 25 november 2005, NJ 2009, 103, m.nt. I. Giesen. Dit arrest kwam ook aan de orde in paragraaf 5.2.1. Zie de uitspraken 18 en 39, waarin uitdrukkelijk naar dit arrest wordt verwezen.

Bij gezichtspunt f zijn er, in tegenstelling tot sommige andere gezichtspunten,<sup>298</sup> slechts twee (keuze)mogelijkheden. Of de aangesprokene is verzekerd, of hij is dat niet (meer). Meer smaken zijn er niet.<sup>299</sup> Dit wil overigens niet zeggen dat de invulling van dit gezichtspunt in de lagere rechtspraak ook steeds eenvoudig en overzichtelijk is, al lijkt dat uit sommige uitspraken wel te volgen, aangezien gezichtspunt f kennelijk niet uitnodigt tot een uitgebreide motivering. In een achttal zaken wordt namelijk volstaan met de enkele mededeling dat er wel of geen dekking (meer) is.<sup>300</sup>

In 45 van de 58 onderzochte uitspraken is aandacht besteed aan het onderhavige gezichtspunt. In 24 daarvan was de aansprakelijkheid (nog) door verzekering gedekt,<sup>301</sup> terwijl dat in 17 zaken niet of niet meer het geval was.<sup>302</sup> In de vier overige zaken was het antwoord op de vraag of er nog verzekeringsdekking was onzeker of onduidelijk.<sup>303</sup>

---

<sup>298</sup> Zoals bijvoorbeeld gezichtspunt c, waarbij de mate van verwijtbaarheid moet worden beoordeeld.

<sup>299</sup> Zie in dit kader ook paragraaf 2.4.5.1.

<sup>300</sup> Uitspraken 4, 11, 13, 16, 17, 34, 35 en 53.

<sup>301</sup> Zie de uitspraken 3 tot en met 6, 11, 13, 16, 17, 21, 23, 31, 34, 35, 38, 41, 44, 46, 47, 50, 51, 53, 54, 56 en 57. In slechts één uitspraak is er aandacht aan besteed dat de aangesprokene wel het eigen risico verschuldigd is. Dat was in uitspraak 46.

<sup>302</sup> Dat was het geval in de uitspraken 8, 18, 20, 22, 28 tot en met 30, 32, 33, 36, 37, 40, 45, 49, 52, 55 en 58. Dat er geen verzekeringsdekking meer is kan bijvoorbeeld komen omdat de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst heeft opgezegd, dan wel dat het verzekeren van aansprakelijkstellingen als de onderhavige (voor de aangesprokene) niet meer mogelijk was. Zie hierover de uitspraken 19, 37 en 49. Dat er in het geheel geen verzekering is afgesloten kan er mee te maken hebben dat de aangesproken partij geen asbestproducent is, maar een rederij, die niet zonder meer gehouden was om zich tegen asbestclaims te verzekeren, zo overwoog de Kantonrechter Rotterdam in zijn vonnis van 17 februari 2009 (uitspraak 36). Dat er geen wettelijke verplichting tot het afsluiten van een verzekering gold/geldt en dat dit ook niet voortvloeide uit de verplichtingen op grond van het goed werkgeverschap, kwam aan de orde in het vonnis van de Kantonrechter Rotterdam van 21 juli 2009 (uitspraak 39).

<sup>303</sup> Zie de uitspraken 1 en 39. In Pres.Rb. Dordrecht 17 juni 2003 (uitspraak 9) oordeelde de president dat Verolme, de aangesproken partij, heeft gesteld dat zij niet meer kan achterhalen of de vordering van de eiser door een verzekering wordt gedekt. Op basis daarvan gaat de president er op voorhand vanuit dat Verolme geen beroep op een verzekering kan doen. De onzekerheid ten aanzien van de vraag of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt, strekt, zo volgt uit deze uitspraak, ten nadele van de eisende partij. In het arrest van het Hof Arnhem van 27 februari 2007 (uitspraak 19) kwam de rechter tot een tegenovergesteld oordeel. In dit arrest werd overwogen dat de omstandigheid dat Eternit niet de gewenste informatie kan verschaffen in het kader van de invulling van gezichtspunt f, voor haar rekening dient te komen. Immers, Eternit betoogt met een beroep op (onder meer) dit gezichtspunt dat haar verjaringsverweer gehonoreerd dient te worden, terwijl voor nadere bewijslevering in kort geding geen

Er zijn maar weinig uitspraken waarin uitdrukkelijk wordt aangegeven wat het gevolg is van een bepaalde invulling van gezichtspunt f.<sup>304</sup> Het ligt voor de hand dat wanneer er nog verzekeringsdekking bestaat, dit in het uiteindelijke oordeel over de toelaatbaarheid van het verjaringsverweer in het voordeel van de gelaedeerde c.q. diens nabestaanden meeweegt.<sup>305</sup> Andersom geldt dan, dat wanneer die dekking er niet (meer) is, dit in het voordeel van de aangesproken partij pleit. In de rechtspraak wordt hier kennelijk ‘stilzwijgend’ vanuit gegaan.

Wanneer de lagere rechtspraak onder de loep wordt gelegd, blijkt dat het voorgaande niet altijd opgaat. Ik ben op een aantal uitspraken gestuit, waarin werd vastgesteld dat de aansprakelijkheid niet (meer) door verzekering was gedekt, maar waarin gezichtspunt f toch niet zonder meer in het voordeel van de aangesproken partij werd uitgelegd. Dat is allereerst het geval in het vonnis van de Kantonrechter Rotterdam van 21 juli 2009.<sup>306</sup> De kantonrechter overwoog dat uit het arrest Eternit/Horsting niet volgt dat in het kader van werkgevers-aansprakelijkheid geoordeeld moet worden dat de (ex-)werkgever een terecht beroep op verjaring kan doen, enkel vanwege het feit dat hij niet verzekerd is geweest tegen dit soort claims. Aldus de kantonrechter zou dit neerkomen op het belonen van niet verzekeren, terwijl de Hoge Raad in vele uitspraken betreffende aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW dan wel art. 7:658 BW juist de verzekeringsdekking mede relevant acht voor het aannemen van aansprakelijkheid.<sup>307</sup> In verband hiermee wil de kantonrechter nader onderzoeken of het (in de periode 1958-1972, het tijdvak waarin de gelaedeerde bij de aangesprokene in dienst is geweest) usance was, of gaandeweg werd, dat werkgevers zich tegen aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten verzekerden. Hierover dient nadere informatie te worden verschaft. Afhankelijk van de uitkomst hiervan kan het dus zeer wel zo zijn dat ondanks het feit dat er geen verzekering is, gezichtspunt f tóch in het voordeel van de gelaedeerde pleit.

In andere uitspraken kwam de rechter tot het oordeel dat het feit dat geen sprake (meer) was van verzekeringsdekking voor risico van de aange-

---

plaats is, aldus het hof. Ook andere uitspraken wijzen in deze richting; indien er geen bewijs van verzekering kan worden geproduceerd, komt dat voor risico van de aangesprokene, zo volgt uit het arrest van het Hof Den Bosch van 25 maart 2008 (uitspraak 28).

<sup>304</sup> Zie voor een uitzondering die deze regel bevestigt uitspraak 28.

<sup>305</sup> In die zin ook Wolters 2013, p. 241.

<sup>306</sup> Uitspraak 39.

<sup>307</sup> Zie over verzekering en de vestiging van aansprakelijkheid bijvoorbeeld Hartlief & Tjittes 1999, p. 21 e.v.

sproken partij dient te komen, zodat ook hier het niet bestaan van een verzekering niet ten voordele van deze partij strekt.<sup>308</sup>

Nog een andere categorie zaken waarin er geen dekking (meer) was, maar waarin deze factor toch niet ten voordele van de aangesprokene strekte, betreft uitspraken waarin de rechter oordeelde dat er ook bij een eerdere aansprakelijkstelling, dat wil zeggen: voordat de vordering tot schadevergoeding was verjaard, ook geen dekking zou zijn.<sup>309</sup>

In de zaak die leidde tot het arrest Eternit/Horsting uit 2005 had Eternit naar voren gebracht dat haar solvabiliteit zou worden bedreigd indien de verjarings-termijn (ondanks dat Eternit geen beroep meer kon doen op verzekeringsdekking) zou worden doorbroken. Het Hof Den Bosch, waarnaar de Hoge Raad de zaak na vernietiging had verwezen,<sup>310</sup> zag zich gesteld voor de situatie dat ook afgezien van de kwestie van de verzekering, de mogelijkheden of onmogelijkheden van de aangesprokene om asbestclaims in zijn eigen vermogen op te vangen, in de afweging van de wederzijds aan de orde zijnde belangen moet worden betrokken. Het hof overwoog dienaangaande dat er voldoende eigen vermogen is om zonder het voortbestaan van Eternit op het spel te zetten de onderhavige, maar ook eventueel nog te volgen, asbestclaims op te vangen, of dat er reserveringen voor dergelijke claims zijn getroffen. In dat geval, aldus nog steeds het hof, zal toetsing aan de in Van Hese/De Schelde geformuleerde gezichtspuntencatalogus, nu toetsing aan de hand van de overige factoren uit die catalogus ook in die richting wijst, veelal leiden tot de eindconclusie dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof wees erop dat het omgekeerde niet onverkort geldt; indien er geen verzekeringsdekking bestaat, er onvoldoende mogelijkheden zijn de aanspraken in het eigen vermogen op te vangen of er niet gereserveerd is, staat dat niet automatisch aan een oordeel dat het beroep op verjaring onaanvaardbaar is, in de weg.<sup>311</sup>

Het hof stelde voor wat betreft de invulling van gezichtspunt f vast dat Eternit reserveringen had getroffen voor bepaalde groepen slachtoffers, te weten

---

<sup>308</sup> Zie de uitspraken 19 en 20.

<sup>309</sup> Zie de uitspraken 8 en 29. In de laatste uitspraak overwoog de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Almelo dat het buiten toepassing laten van de verjaringstermijn voor Eternit geen onevenredig nadeel oplevert, nu, indien de vordering wel binnen de gestelde termijn zou zijn ingediend, de aansprakelijkheid ook niet door een verzekering zou zijn gedekt omdat Eternit haar aansprakelijkheid niet heeft verzekerd.

<sup>310</sup> Hetgeen leidde tot het arrest van dit hof van 25 maart 2008 (uitspraak 28).

<sup>311</sup> Dat dit laatste in lijn is met andere lagere jurisprudentie kwam hierboven reeds aan de orde.

werknemers en hun familieleden. Voor aansprakelijkstellingen als gevolg van zogenoemde asbestwegen en asbesterven was dat niet het geval.<sup>312</sup> Naar het oordeel van het hof is het echter ongepast om een rangorde aan te brengen in de categorieën asbest-/mesothelioomslachtoffers. Het hof stelde voorts vast dat alle nog aanwezige activa – een gewone bedrijfsvoering vindt niet meer plaats – worden aangewend om uitkeringen te verstrekken aan een beperkte groep slachtoffers, namelijk de groep waarvoor reserveringen waren getroffen. Bij die stand van zaken, zo oordeelde het hof, werpt het argument van Eternit, dat zij onvoldoende mogelijkheden heeft om de onderhavige en andere aanspraken in haar eigen vermogen op te vangen, onvoldoende gewicht in de schaal.

Ook in andere zaken speelt een rol dat de aangesprokene reserveringen heeft getroffen of dat hij (aanzienlijke) verzekeringspremies heeft kunnen besparen,<sup>313</sup> omdat er geen verzekering was of omdat de aangesprokene niet meer verzekerd kon worden.<sup>314</sup> Beide aspecten leveren argumenten op voor doorbreking van de verjaringstermijn.<sup>315</sup>

De lagere rechtspraak is op dit punt niet geheel eenduidig. Ik wijs op het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 24 juni 2006.<sup>316</sup> In de procedure die aanleiding gaf tot deze uitspraak had de gelaedeerde zich erop beroepen dat Nefalit de aansprakelijkheid in haar eigen vermogen kon opvangen. Naar het oordeel van de rechtbank speelt die omstandigheid echter geen rol bij de weging van gezichtspunt f, waarbij het, in de woorden van de rechtbank, juist gaat om de vraag of Nefalit haar vermogen door een verzekering beschermd heeft tegen claims.

---

<sup>312</sup> Eternit heeft in dit verband gesteld dat het hierbij gaat om zo'n grote en onbepaalde groep, dat aansprakelijkheid ertoe zou kunnen leiden dat Eternit in haar voortbestaan zou worden bedreigd en dat zij haar verplichtingen jegens de (ex-)werknemers en familieleden niet zou kunnen voldoen.

<sup>313</sup> Ik wijs op de uitspraken 32, 33, 49, 52 en 58.

<sup>314</sup> Zoals bijvoorbeeld bij Eternit vanaf 1989 het geval was, zo is vermeld in uitspraak 32. In uitspraak 49 is vermeld dat deze onverzekerbaarheid voor Eternit vanaf 1991 aan de orde was. Ook Nefalit werd vanaf 1991 voor wat betreft asbestschade van dekking uitgesloten (uitspraak 37).

<sup>315</sup> Ik wijs er nog op dat door aangesproken partijen in het kader van gezichtspunt f ook nog andere aspecten naar voren zijn gebracht, die bij de rechter overigens geen ingang hebben gevonden. Zo werd in een tweetal procedures het zogenoemde 'hek van de dam-verweer' gevoerd, inhoudende dat doorbreking van de verjaringstermijn op grote schaal ertoe zal leiden dat asbestschades niet meer gedekt zullen zijn, zodat de getroffen slachtoffers alsnog met lege handen zullen blijven zitten. Een dergelijk betoog werd verworpen in de uitspraken 3 en 5, beide gewezen door de Kantonrechter Middelburg.

<sup>316</sup> Uitspraak 37.

In haar vonnis van 24 december 2008<sup>317</sup> legde de Rechtbank Almelo een relatie tussen het in het eigen vermogen (moeten) opvangen van de schadevergoedingsverplichting en gezichtspunt c, dat gaat over de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten. De rechtbank oordeelde dat, zou vastgesteld worden dat het slachtoffer door een grote mate van schuld van Eternit is overleden en daardoor recht heeft op een schadevergoeding, het gegeven dat Eternit de schade zelf moet betalen op zichzelf geen reden behoort te zijn om de nabestaanden hun recht te ontnemen.

De relatie met gezichtspunt d is aan de orde in het vonnis van de Kantonrechter Rotterdam van 21 juli 2009.<sup>318</sup> Immers, of van de aangesprokene kan worden verwacht dat hij een verzekering afsloot om dekking te bieden voor (eventuele) asbestclaims, houdt nauw verband met de vraag of de aangesprokene ook rekening had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn. De kantonrechter overwoog uitdrukkelijk dat hij raakvlakken met gezichtspunt d constateert.

In sommige uitspraken waarin gezichtspunt f een rol speelt, is ingegaan op de stelplicht van de betrokken partijen. Zo oordeelde het Hof Arnhem in zijn arrest van 27 februari 2007,<sup>319</sup> dat het op de weg van Eternit ligt om helderheid te verschaffen over de vraag of de afgesloten verzekering nog dekking biedt dan wel waarom dat niet (langer) het geval is. Immers, zo vervolgde het hof, het is Eternit die met een beroep op onder meer gezichtspunt f betoogt dat haar verjaringsverweer gehonoreerd dient te worden.

Ruim een jaar later kwam het Hof Den Bosch, in zijn arrest van 25 maart 2008<sup>320</sup> bij de bespreking van de gezichtspunten d en f, tot een ander oordeel ten aanzien van de stelplichtverdeling. Het hof overwoog:

‘Nu enerzijds vast staat dat de vordering in beginsel verjaard is, en anderzijds het A [de nabestaande van het slachtoffer, JQ] is die zich erop beroept dat het beroep van Eternit op verjaring onaanvaardbaar zou zijn, dient zij in beginsel daartoe relevante feiten en omstandigheden te stellen en bij betwisting te bewijzen.’

In het kader van deze procesrechtelijke aspecten wijs ik er voorts op dat de omstandigheid dat er nog verzekeringsdekking bestaat, tussen partijen ook kan

---

<sup>317</sup> Uitspraak 32.

<sup>318</sup> Uitspraak 39.

<sup>319</sup> Uitspraak 19.

<sup>320</sup> Uitspraak 28.



komen vast te staan doordat dit feit door de aangesproken partij wordt erkend.<sup>321</sup> De rechter kan ook tot de vaststelling komen dat er geen sprake (meer) is van verzekeringsdekking, indien de gelaedeerde de dienaangaande door de aangesproken partij ingenomen stelling(en) niet of onvoldoende gemotiveerd betwist.<sup>322</sup>

Tot slot nog enkele opmerkingen over het relatieve gewicht dat in de lagere jurisprudentie aan gezichtspunt f wordt toegekend. Van de 45 uitspraken waarin deze factor een rol speelt, woog gezichtspunt f in niet minder dan 31 zaken mee in het voordeel van de gelaedeerde c.q. diens nabestaanden.<sup>323</sup> Dat is aanmerkelijk meer dan het aantal zaken waarin werd vastgesteld dat de aansprakelijkheid nog door verzekering was gedekt. Dat waren er, zo bleek aan het begin van deze paragraaf, namelijk 24. Dit heeft ermee te maken, zo is hierboven uiteengezet, dat het feit dat er geen verzekeringsdekking (meer) is, niet automatisch betekent dat gezichtspunt f ook in het voordeel van de aangesproken partij werkt.

In een tiental zaken pleitte het gezichtspunt tegen doorbreking van de verjaringstermijn,<sup>324</sup> terwijl gezichtspunt f in drie zaken noch voor de ene partij noch voor de andere partij gewicht in de schaal legde. Het gaat hier om een neutrale toepassing.<sup>325</sup> In uitspraak 39 ten slotte, luidde het oordeel dat over de invulling van gezichtspunt f nog geen uitspraak kon worden gedaan, omdat daarvoor eerst nadere gegevens moeten worden verstrekt.

Over het gewicht van gezichtspunt f ten opzichte van de andere gezichtspunten is de lagere rechtspraak niet bepaald uitgesproken. Slechts een handje vol uitspraken bevat een aanknopingspunt op dit vlak. Zo werd in het arrest van het Hof Amsterdam van 18 november 2008<sup>326</sup> geoordeeld dat gezichtspunt f ‘sterk’ pleit voor doorbreking van de verjaringstermijn. In het vonnis van de Rechtbank Almelo van 28 april 2010,<sup>327</sup> waarin de hiervoor bedoelde neutrale toepassing aan de orde was, werd uitdrukkelijk overwogen dat de weging van gezichtspunt f neutraal is. Vergelijkbaar met de eerstgenoemde

<sup>321</sup> Zie de uitspraken 4, 6, 46 en 54. Zie voor andere voorbeelden van gevallen waarin gezichtspunt f tussen partijen niet in geschil was de uitspraken 11, 13, 30, 32, 34, 35, 50, 51 en 57.

<sup>322</sup> Uitspraken 22, 36, 40, 45, 55 en 58.

<sup>323</sup> Ik wijs op de uitspraken 3 tot en met 6, 8, 11, 13, 16, 17, 19, 21 tot en met 23, 28, 29, 31, 34, 35, 38, 41, 44, 46, 47, 50, 51, 53, 54 en 56 tot en met 58.

<sup>324</sup> Zie de uitspraken 1, 9, 18, 20, 30, 36, 37, 40, 45 en 55.

<sup>325</sup> Daarvan was sprake in de uitspraken 33, 49 en 52.

<sup>326</sup> Uitspraak 31.

<sup>327</sup> Uitspraak 49.

uitspraak is het arrest van het Hof Den Haag van 25 januari 2011,<sup>328</sup> waarin het hof overwoog dat vaststaat dat de aansprakelijkheid (indien daarvan sprake is) door verzekering is gedekt en dat dit aspect ‘duidelijk’ meeweegt ten gunste van doorbreking van de verjaringstermijn.

### 5.3.8 Gezichtspunt g

Het zevende en laatste gezichtspunt uit de Van Hese/De Schelde-catalogus betreft de vraag of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld. Wanneer de formulering van gezichtspunt g onder de loep wordt genomen, blijkt dat de Hoge Raad uitdrukkelijk een tweedeling heeft gemaakt.<sup>329</sup> In de eerste plaats moet de termijn tussen het aan het licht komen van de schade en het moment van de aansprakelijkstelling redelijk zijn. Dat is de eerste hobbel die moet worden genomen. Daarna komt de vraag aan de orde of (ook) de termijn die is verstreken tot het instellen van een vordering<sup>330</sup> de toets van de redelijkheid kan doorstaan.<sup>331</sup>

Gezichtspunt g is interessant omdat het een redelijkheidsoordeel van de rechter vraagt, terwijl de Hoge Raad geen aanknopingspunten heeft gegeven voor de invulling van deze factor, noch in het arrest Van Hese/De Schelde,<sup>332</sup> noch in latere rechtspraak.<sup>333</sup> Weliswaar werd in de procedure die aanleiding gaf

---

<sup>328</sup> Uitspraak 56.

<sup>329</sup> Zie hierover ook De Lang & Van 2012, 2075-112.

<sup>330</sup> Dat dat ook een vordering in kort geding kan zijn volgt uitdrukkelijk uit het vonnis van de Rechtbank Almelo van 28 april 2010 (uitspraak 49). Zie in dit verband ook uitspraak 48.

<sup>331</sup> De Kantonrechter Rotterdam noemde dit onderscheid uitdrukkelijk in zijn vonnis van 21 januari 2011 (uitspraak 54). De kantonrechter overwoog dat aansprakelijkstelling niet hetzelfde is als het instellen van een vordering, hetgeen bij dagvaarding geschied.

<sup>332</sup> Zie uitdrukkelijk uitspraak 32. Vgl. ook Waterman 2009, p. 159, waar is geschreven dat de Hoge Raad niet heeft aangegeven hoeveel tijd het asbestslachtoffer in aanvulling op de absolute verjaringstermijn heeft.

<sup>333</sup> In de literatuur is en wordt wel bepleit dat voor een vaste termijn wordt gekozen. De Hoge Raad had, aldus Snijders in zijn noot onder De Jong/Optimodal, een mooi voorbeeld kunnen geven van een rechtsontwikkeling van een concrete naar een open norm zoals die van de redelijkheid en billijkheid (Van Hese/De Schelde), die uitkristalliseert in een weer wat concretere, meer rechtszekerheid biedende en rechtseenheid waarborgende norm, die toch niet wezenlijk afbreuk doet aan hetgeen inmiddels aan ‘openheid’ is bereikt. Snijders heeft de vergelijking getrokken met de rechtspraak van de Hoge Raad over herstelexploten, waar een soortgelijke beweging zichtbaar is geweest. Zie hierover ook Hartlief, Hijma & Snijders 2009b, p. 1555. Zij schreven dat de Hoge Raad vooralsnog niet bereid is gebleken om (nadere) invulling te geven aan de ‘redelijke’ en dus nog steeds vage termijn, hoewel hij daartoe in diverse commentaren wel is opgeroepen en hiertoe in een andere context al wel bereid is

tot het – ook hierboven genoemde – arrest De Jong/Optimodal<sup>334</sup> aangevoerd dat een termijn van vijf jaar in beginsel als redelijk moet worden aangemerkt. De Hoge Raad oordeelde dat dit uitgangspunt niet juist is, waarbij hij uitdrukkelijk wees op het belang van de aangesproken partij bij een voortvarende aansprakelijkstelling.<sup>335</sup>

Niet voor niets wordt er in de lagere rechtspraak met enige regelmaat op gewezen dat de termijnen niet vastliggen, noch in de wet, noch in de rechtspraak.<sup>336</sup> Wel wordt door sommige rechters, om toch enige richting aan te geven, gewezen op tot analogie uitnodigende termijnen. In dit kader zijn onder andere genoemd: art. 73 Overgangswet (1 jaar), art. 3:310 lid 5 BW (5 jaar),<sup>337</sup> de annotatie van Bloembergen onder Van Hese/De Schelde<sup>338</sup> en de conclusie voor dit arrest (waarin de A-G een termijn van 6 maanden redelijk achtte, maar een termijn van beduidend meer dan een jaar te lang vond).<sup>339</sup> Het wekt dan ook geen verbazing dat in sommige uitspraken voorop wordt gesteld dat er geen algemene grens te trekken is<sup>340</sup> of zelfs dat sprake is van verdeeldheid.<sup>341</sup> Hiervoor gaf ik aan dat de Hoge Raad in het licht van gezichtspunt g, in zijn arrest De Jong/Optimodal uit 2004, uitdrukkelijk heeft gewezen op het belang van de aangesprokene bij een voortvarende aansprakelijkstelling. Immers, bij het loslaten van de verjaringstermijn zouden moeilijkheden kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten.<sup>342</sup> Het belang van de aangesproken partij komt dan ook in verschillende uitspraken aan de orde. Zo overwoog de Kantonrechter Amsterdam in het vonnis van 8 mei 2003<sup>343</sup>, dat het antwoord op de vraag wat een redelijke termijn is, mede zal afhangen van het antwoord op de vraag in hoeverre de tot

---

gebleken. De auteurs voegen toe dat dit vanuit een oogpunt van vlotte afwikkeling van mesothelioomclaims te betreuren valt.

<sup>334</sup> Zie voetnoot 17.

<sup>335</sup> Zie verder paragraaf 5.2.1.

<sup>336</sup> Aldus het Hof Den Bosch in het arrest van 21 augustus 2001 (uitspraak 2). Zie ook uitspraak 11.

<sup>337</sup> Beide uitspraak 2.

<sup>338</sup> Uitspraak 11.

<sup>339</sup> Vgl. uitspraak 32.

<sup>340</sup> Uitspraken 7, 33 en 49.

<sup>341</sup> Uitspraak 32. Ook Hebly en Lindenberg hebben zich op het standpunt gesteld dat de feitenrechtspraak ‘een lichte mate van verdeeldheid’ laat zien ten aanzien van de ‘redelijke termijn’ waarbinnen een aansprakelijkstelling moet hebben plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding moet zijn ingesteld. Hebly & Lindenberg 2013, p. 170.

<sup>342</sup> Ik constateer een link met gezichtspunt e.

<sup>343</sup> Uitspraak 7.

schadevergoeding aangesproken partij door het verstrijken van die termijn is benadeeld, bijvoorbeeld, zo voegde de kantonrechter toe, omdat het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten daardoor moeilijker zijn geworden, hetgeen een impliciete verwijzing naar het arrest De Jong/Optimodal inhoudt.<sup>344</sup>

In sommige uitspraken wordt ook aandacht besteed aan het begrip rechtszekerheid, dat in dit kader een belangrijke rol speelt.<sup>345</sup> Immers, in het arrest Van Hese/De Schelde heeft de Hoge Raad gewezen op het feit dat de absolute verjaringstermijn de rechtszekerheid beoogt te dienen, alsmede dat in beginsel strikt de hand aan deze termijn moet worden gehouden.

Wellicht met het oog op de rechtszekerheid hebben verschillende rechters toch eigen, min of meer harde, termijnen bepaald. Zo overwoog de Kantonrechter Helmond bij vonnis van 24 september 2003,<sup>346</sup> dat een termijn van 12 maanden als de maximale termijn dient te gelden tussen het aan het licht komen van de schade en de aansprakelijkstelling en voorts dat, bijzondere omstandigheden daargelaten (bijvoorbeeld schikkingsonderhandelingen, die met de nodige voortvarendheid dienen te worden gevoerd), binnen zes maanden daarna een vordering tot schadevergoeding dient te zijn ingesteld. De Rechtbank Almelo sloot in haar vonnis van 24 december 2008<sup>347</sup> bij dit laatste aspect aan door te overwegen dat met bekwame spoed moet worden gedagvaard, bijvoorbeeld binnen een termijn van zes maanden. De Rechtbank Rotterdam koos voor een (iets) andere aanpak. Zij overwoog bij vonnis van 8 juli 2009,<sup>348</sup> dat de rechtbank tot uitgangspunt neemt dat aansprakelijkstelling in beginsel<sup>349</sup> dient te geschieden binnen een jaar na het stellen van de diagnose en dat dagvaarding binnen een jaar daarna dient te volgen.<sup>350</sup> Tot weer een ander oordeel kwam het Hof Amsterdam in zijn arrest van 19 januari 2010.<sup>351</sup> Het hof

---

<sup>344</sup> Zie ook uitspraak 45. In uitspraak 54 is in dit verband gewezen op het met het verstrijken van de tijd verslechteren van de bewijspositie van de aangesproken partij. Vgl. bovendien de uitspraken 50 en 52, waarin de rechter zich er rekenschap van heeft gegeven dat de positie van de aangesprokene door het (extra) tijdsverloop niet nadelig was beïnvloed.

<sup>345</sup> Zie bijvoorbeeld uitspraak 11, waarin de Kantonrechter Helmond oordeelde dat, gelet op de rechtszekerheid, doorslaggevende betekenis toekomt aan gezichtspunt g.

<sup>346</sup> Uitspraak 11.

<sup>347</sup> Uitspraak 32.

<sup>348</sup> Uitspraak 38.

<sup>349</sup> Gelet op de gekozen bewoordingen ('uitgangspunt' en 'in beginsel') formuleert de rechtbank geen harde subregel, maar een vuistregel, waarvan onder (bijzondere) omstandigheden kan worden afgeweken. Zie voor dit onderscheid paragraaf 2.2.2.

<sup>350</sup> Zie in gelijke zin uitspraak 57, eveneens van de Rechtbank Rotterdam.

<sup>351</sup> Uitspraak 45.

overwoog dat in het algemeen gesteld een beroep van de aangesprokene op verjaring niet door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid dient te worden gepareerd, indien na het aan het licht komen van de schade meer dan twee jaren zijn verstreken alvorens de rechtsvordering door de eiser is ingediend.<sup>352</sup> Ik wijs voorts op het vonnis van de Rechtbank Almelo van 28 april 2010,<sup>353</sup> de tiende ‘verjaardag’ van Van Hese/De Schelde, waarin de rechtbank oordeelde dat in beginsel een periode van zes maanden nadat de schade aan het licht is gekomen, dient te worden gehanteerd als zijnde een redelijke termijn waarbinnen aansprakelijkstelling dient plaats te vinden en een vordering tot schadevergoeding moet zijn ingesteld. De rechtbank voegde evenwel toe dat de periode van zes maanden geen ‘ijzeren wet’ is en overigens in de rechtspraak ook nog niet algemeen is aanvaard.

Waar toe leiden de hierboven genoemde algemene aandachtspunten in de lagere rechtspraak? Allereerst vermeld ik dat in 28 uitspraken tot het oordeel werd gekomen dat (nog) binnen een redelijke termijn tot aansprakelijkstelling c.q. dagvaarding was overgegaan.<sup>354</sup> In 19 uitspraken luidde het oordeel dat niet aan dit vereiste was voldaan.<sup>355</sup> In één uitspraak werd geen duidelijk oordeel gegeven,<sup>356</sup> terwijl de rechter in een ander geval tot het oordeel kwam dat met betrekking tot gezichtspunt g nog geen beslissing kon worden genomen.<sup>357</sup>

In lijn met de formulering uit het arrest Van Hese/De Schelde wordt gezichtspunt g in de lagere jurisprudentie in de meeste gevallen uit elkaar getrokken, waarbij de termijn tot aan de aansprakelijkstelling en de termijn tot aan de dagvaarding afzonderlijk worden beoordeeld.<sup>358</sup> Uit geen van de onderzochte vonnissen en arresten blijkt dat deze twee aspecten ‘op één hoop

---

<sup>352</sup> Ik merk op dat binnen deze termijn dus ook reeds aansprakelijkstelling moet hebben plaatsgehad. Overigens kwam het Hof Den Haag in het arrest van 3 april 2012 (uitspraak 58) tot hetzelfde oordeel. Het hof overwoog daartoe dat een termijn van twee jaar in het algemeen als redelijk moet worden beschouwd.

<sup>353</sup> Uitspraak 49.

<sup>354</sup> Dat was het geval in de uitspraken 2, 4, 8, 9, 13, 17, 19, 22, 28, 33 tot en met 39, 44, 45, 47, 49, 50 tot en met 53 en 55 tot en met 58.

<sup>355</sup> Zie daarvoor de uitspraken 1, 3, 5, 10, 11, 12, 14, 16, 18, 21, 23, 24, 30 tot en met 32, 41, 46, 48 en 54.

<sup>356</sup> Rechtbank Middelburg 11 september 2002 (uitspraak 6). De rechtbank overwoog dat zij de termijn tussen aansprakelijkstelling en de dagvaarding niet onredelijk acht, maar de termijn voorafgaand aan de aansprakelijkstelling vond de rechtbank ‘aan de lange kant’. Of die termijn daarmee niet redelijk was, valt uit deze uitspraak niet af te leiden.

<sup>357</sup> Uitspraak 7.

<sup>358</sup> Dit gebeurde in de uitspraken 2 tot en met 9, 13, 16, 18, 20, 23, 30 tot en met 32, 35 tot en met 38, 41, 44, 47, 48, 50 tot en met 55, alsmede uitspraak 57.

zijn gegoooid'. Wel zijn er verschillende uitspraken aan te wijzen waarin slechts op één van de aspecten werd ingegaan.<sup>359</sup> Dat kan diverse redenen hebben, zoals bijvoorbeeld dat de rechter (kennelijk) van oordeel is dat het ophoudt wanneer al niet binnen een redelijke termijn aansprakelijk is gesteld<sup>360</sup> of dat (in hoger beroep) de door appellant geformuleerde grieven uitsluitend tot de bespreking van één aspect aanleiding geven.<sup>361</sup> Soms is de reden onduidelijk.<sup>362</sup>

Om welke termijn het in concrete zaken gaat is niet steeds even duidelijk. In verschillende zaken is namelijk uitsluitend vermeld dat wel sprake is van een redelijke termijn, zonder dat daarbij een toelichting is gegeven.<sup>363</sup> In sommige gevallen is overwogen dat het onderhavige gezichtspunt tussen partijen niet in geschil is,<sup>364</sup> maar daarmee is nog niet gezegd op welke wijze deze factor aan de uiteindelijke beslissing heeft bijgedragen. Datzelfde geldt wanneer de appelrechter uitsluitend heeft verwezen naar het oordeel in eerste aanleg.<sup>365</sup> Ook zijn er zaken waarin bij de bespreking van gezichtspunt g niet op de concrete termijnen wordt ingegaan, maar waarin deze uit de opsomming van de feiten moeten worden afgeleid.<sup>366</sup>

Wanneer we kijken naar de termijnen, zoals die voorkomen in de onderzochte jurisprudentie, levert dat het volgende, schematisch weergegeven, beeld op. Hierbij heb ik allereerst de termijnen in kaart gebracht waarin de rechter tot het oordeel kwam dat aan de zogenoemde redelijkheidstoets was voldaan. Deze termijnen zijn per uitspraak in onderstaand schema weergegeven, waarbij ik opmerk dat de termijnen steeds zijn berekend vanaf het moment dat de ziekte (meestal mesothelioom) bij de gelaedeerde werd vastgesteld.

---

<sup>359</sup> Zie de uitspraken 1, 8, 12, 14, 21, 22 en 28, waarin uitsluitend werd ingegaan op de termijn tot het moment van aansprakelijk stellen, en de uitspraken 10, 24, 33, 45 en 46, waarin alleen de termijn tot aan de dagvaarding werd beoordeeld.

<sup>360</sup> Uitspraken 12, 14, 21 en 22.

<sup>361</sup> Uitspraken 10 en 24.

<sup>362</sup> Zoals bijvoorbeeld in de uitspraken 1, 8, 28, 33, 45 en 46.

<sup>363</sup> Uitspraken 8, 17 en 34. Het gaat steeds om gevallen waarin de gelaedeerde wel de nodige voortvarendheid in acht had genomen. Wanneer de rechter tot het (tegenovergestelde) oordeel komt dat dit niet het geval is, ligt het voor de hand dat een toelichting op dat oordeel wordt gegeven, hetgeen in de praktijk dus ook gebeurt.

<sup>364</sup> Uitspraken 39 en 55.

<sup>365</sup> Uitspraak 56.

<sup>366</sup> Zoals in de uitspraken 35, 36, 38 en 50.

Uitspraak	Tijd in maanden tot aansprakelijkstelling	Tijd in maanden tot instellen vorde- ring
2	14	27
4	1	7
8	?	-
9	3	19
13	2	23
17	?	?
20	3	5
22	2	-
28	8	-
33	-	21
34	3	11
35	5	17
36	1	?
37	4	9
38	4	14
39	1	?
44	2	14
45	?	30
47	2	23
49	5	8
50	3	11
51	1	16
52	3	11
53	1 ½	10
55	1	?
56	4	14
57	3	15
58	?	15
	In totaal 76 ½ maand, delen door 23 zaken = gemiddeld 3,33 maanden	In totaal 320 maanden, delen door 21 zaken = gemiddeld 15,24 maanden

In de zaken waarin gezichtspunt g naar het oordeel van de rechter in het voordeel van de gelaedeerde dan wel diens nabestaanden strekte, was de gemiddelde termijn vanaf het stellen van de diagnose tot aan de aansprakelijkstelling 3,33 maanden. Tot aan het uitbrengen van de dagvaarding verstreek gemiddeld (eveneens vanaf de diagnose) 15,24 maanden.<sup>367</sup>

<sup>367</sup> Terecht wezen Hartlief, Hijma en Snijders er dan ook op dat een analyse van de feitenrechtspraak het beeld oplevert dat het binnen één jaar na de diagnose ondernemen van juridische actie in ieder geval niet problematisch is. Vgl. Hartlief, Hijma & Snijders 2009a, p. 17. Zij wezen er voorts op dat met zekere regelmaat ook een langere termijn dan één jaar aanvaardbaar wordt geoordeeld (p. 18). Dat blijkt ook uit bovengenoemd schema.

In de zaken waarin werd geoordeeld dat niet voortvarend (genoeg) was gehandeld, zien we termijnen van een heel andere orde, zo blijkt uit onderstaand schema, waarin ook weer de twee termijnen vanaf het moment van het vaststellen van de asbestziekte is berekend.

Uitspraak	Tijd in maanden tot aansprakelijkstelling	Tijd in maanden tot instellen vordering
1	30	-
3	3	48
5	1	60
6	9	20
10	-	48 (na afwijzing aansprakelijkheid) <sup>368</sup>
11	16	28
12	24	-
14	19	-
16	1	80
18	22	46
21	16	-
23	15	45
24	-	114
30	2	42
31	16	29
32	8	26
41	1	26
46	?	30
48	4	27
54	1	47
	In totaal 188 maanden, delen door 17 zaken = gemiddeld 11,06 maanden	In totaal 668 maanden, delen door 15 zaken = gemiddeld 44,53 maanden

Uit deze zaken blijkt dat de gemiddelde duur tot aan de aansprakelijkstelling 11,06 maanden bedraagt en tot aan de dagvaarding 44,53 maanden, in beide gevallen vanaf de diagnose.

Wanneer deze twee schema's worden gecombineerd, zien we vanaf de diagnose tot aan de aansprakelijkstelling een gemiddelde termijn van 6,62

<sup>368</sup> Van deze uitspraak kon uitsluitend de termijn vanaf de afwijzing van de aansprakelijkheid worden bepaald. De termijn vanaf de diagnose liet zich niet, ook niet indirect, vaststellen. Voor de berekening van het gemiddelde heb ik deze uitspraak niet meegenomen, omdat in alle andere uitspraken wel de termijn vanaf de diagnose is betrokken.



maanden<sup>369</sup> en vanaf de diagnose tot aan het instellen van de vordering een termijn van 27,44 maanden.<sup>370</sup>

Wanneer de rechter tot het oordeel is gekomen dat de door de gelaedeerde in acht genomen termijnen aan de lange kant zijn, rijst de vraag of daarvoor een verklaring kan worden gegeven, die maakt dat de termijn toch niet onredelijk wordt geoordeeld. In de lagere rechtspraak zien we uiteraard diverse voorbeelden van argumenten die naar voren zijn gebracht ter onderbouwing van de stelling dat sprake is van een ‘verschoonbare termijnoverschrijding’. In de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Den Haag van 25 juli 2003<sup>371</sup> hadden de nabestaanden van het slachtoffer aangevoerd dat zij hadden gewacht met het instellen van de vordering omdat zij de uitkomst van de ‘proefprocessen’ – die hebben geleid tot de arresten van 28 april 2000<sup>372</sup> – wilden afwachten. Het hof overwoog dienaangaande dat niet is gebleken dat na de afwijzing van de aansprakelijkheid door De Schelde, aan haar is bericht dat de genoemde procedures werden afgewacht, maar dat de aansprakelijkstelling desondanks werd gehandhaafd. Ook overwoog het hof dat de nabestaanden geen verklaring hebben gegeven, waarom zij, nadat zij drie jaar op de uitspraken hadden gewacht, nog eens bijna een jaar nodig hadden om tot dagvaarding over te gaan.

Het betoog dat op de uitkomst van de procedure in de zaak Rouwhof/Eternit werd gewacht werd ook gevoerd in de zaak waarover het Hof Amsterdam op 30 juni 2005 oordeelde.<sup>373</sup> Het hof overwoog dat dit op zichzelf geen argument oplevert om rekening mee te houden bij de beantwoording van de vraag of de vordering binnen een redelijke termijn is ingesteld. Het hof voegde daaraan toe dat in het midden kan blijven of dit mogelijk anders zou liggen in het geval die overweging aan de wederpartij ter kennis is gebracht, nu vast staat dat dit in het onderhavige geval niet is gebeurd. De Kantonrechter Middelburg overwoog overigens dat het wachten op de uitkomst van de twee ‘proefprocedures’ te billijken is, mits de aangesprokene ervan op de hoogte werd gesteld dat met het instellen van een rechtsvordering wordt gewacht tot de uitslag van deze procedures bekend is.<sup>374</sup> Bovendien, zo blijkt uit dit vonnis,

<sup>369</sup>  $23 \times 3,33 + 17 \times 11,06 = 264,61$ ;  $264,61 / 23 + 17 = 6,62$ .

<sup>370</sup>  $21 \times 15,24 + 15 \times 44,53 = 987,99$ ;  $987,99 / 21 + 15 = 27,44$ .

<sup>371</sup> Uitspraak 10.

<sup>372</sup> Van Hese/De Schelde en Rouwhof/Eternit.

<sup>373</sup> Uitspraak 16.

<sup>374</sup> Vonnis van 15 april 2002 (uitspraak 3). Zie in gelijke zin uitspraak 5, eveneens van de Kantonrechter Middelburg.

moet na de uitspraak wel voortvarend worden gehandeld en kan men niet nog eens een jaar stilzitten.

Een ander argument waarmee de lange(re) termijn soms wordt verklaard betreft het feit dat het Asbestinstituut bemiddelingsactiviteiten heeft ontplooid.<sup>375</sup> Zo hield de Rechtbank Middelburg er in haar vonnis van 15 januari 2009<sup>376</sup> rekening mee dat een bemiddelingsprocedure had plaatsgehad. Het Hof Amsterdam was in zijn arrest van 19 januari 2010<sup>377</sup> iets uitgesprokener. Het hof oordeelde dat een actie tot bemiddeling van het Instituut Asbestslachtoffers termijnschorsend is. De negen maanden die deze bemiddeling in beslag had genomen, werden dan ook niet betrokken bij de beantwoording van de vraag of de gelaedeerde wel voortvarend (genoeg) heeft gehandeld.<sup>378</sup> Vanzelfsprekend moet dan wel gesteld of gebleken zijn dat er daadwerkelijk enige bemiddelingsactiviteit heeft plaatsgevonden, zo overwoog de Kantonrechter Utrecht.<sup>379</sup> En bovendien moet na het eindigen van het bemiddelingstraject de nodige voortvarendheid bij het uitbrengen van de dagvaarding in acht worden genomen.<sup>380</sup>

Andere naar voren gebrachte argumenten die een lange(re) termijn verschoonbaar moeten maken zijn: dat het tijdsverloop voor een belangrijk deel aan de aangesproken partij zelf te wijten is,<sup>381</sup> dat een langdurig en moeilijk onderzoek nodig was, waarbij advies van medische en juridische deskundigen moest worden ingewonnen,<sup>382</sup> dat de gelaedeerde eerst zekerheid wilde hebben over het antwoord op de vraag of hij daadwerkelijk aan asbestose leed<sup>383</sup> en dat het slachtoffer alvorens tot dagvaarding over te gaan met de aangesprokene heeft gecorrespondeerd.<sup>384</sup> Een aardig argument kan ook worden ontleend aan het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 10 maart 2004.<sup>385</sup> De rechtbank overwoog dat, gelet op de tussen partijen gevoerde correspondentie (waarin aan de orde was gekomen dat het slachtoffer zich met het Instituut Asbestslachtoffers had verstaan), in combinatie met de omstandigheid dat tijdig

---

<sup>375</sup> Zie over dit aspect Hartlief, Hijma & Sniijders 2009b, p. 1557.

<sup>376</sup> Uitspraak 35. Zie ook uitspraak 47.

<sup>377</sup> Uitspraak 45.

<sup>378</sup> In vergelijkbare zin het arrest van het Hof Den Haag van 3 april 2012 (uitspraak 58).

<sup>379</sup> Vonnis van 3 februari 2010 (uitspraak 46).

<sup>380</sup> Uitspraak 54.

<sup>381</sup> Uitspraak 9.

<sup>382</sup> Uitspraak 18.

<sup>383</sup> Uitspraak 21.

<sup>384</sup> Uitspraak 33. Dat de gelaedeerde ervoor gekozen heeft de correspondentie met de aangesprokene voort te zetten, kan niet aan laatstgenoemde partij worden toegerekend, zo volgt uit uitspraak 18.

<sup>385</sup> Uitspraak 13.

een aansprakelijkstelling was verzonden, de aangesprokene niet kan stellen dat hij niet tijdig is gedagvaard, nu het sowieso zijn uitdrukkelijke bedoeling was zich op verjaring te beroepen.

Ook bij gezichtspunt g komt in een aantal uitspraken de relatie tot andere gezichtspunten uit de catalogus aan de orde. Zo overwoog de Kantonrechter Amsterdam in zijn vonnis van 8 mei 2003,<sup>386</sup> dat gezichtspunt g niet los kan worden gezien van de overige criteria. De kantonrechter vervolgde dat wat een redelijke termijn is, mede zal afhangen van de vraag in hoeverre de tot schadevergoeding aangesproken partij door het verstrijken van die termijn is benadeeld (vgl. gezichtspunt e).<sup>387</sup>

Ook procesrechtelijke aspecten, zoals stellen en bewijzen, krijgen aandacht in de lagere jurisprudentie betreffende gezichtspunt g. Dat is allereerst in het arrest van het Hof Den Haag van 25 juli 2003,<sup>388</sup> waarin het hof overwoog dat de nabestaanden geen verklaring hebben gegeven voor de geruime tijd die zij nodig hadden voordat tot dagvaarding werd overgegaan. Ook uit een ander arrest van dit hof<sup>389</sup> volgt dat wanneer er bijzondere omstandigheden zijn die een in rechte te accepteren rechtvaardiging opleveren voor het pas na 19 maanden doen uitgaan van de aansprakelijkstelling, deze door het slachtoffer c.q. diens nabestaanden moeten worden gesteld.<sup>390</sup>

Ten slotte, net als bij de andere gezichtspunten, enkele woorden over het gewicht dat aan deze factor wordt toegekend. Gezichtspunt g neemt hier een bijzondere plaats in, aangezien blijkens de lagere rechtspraak zwaar aan gezichtspunt g wordt getild en in verschillende uitspraken (meer dan bij andere gezichtspunten) is geoordeeld dat deze factor van doorslaggevende betekenis is.<sup>391</sup> Vermeldenswaard is dat het Hof Den Haag in twee uitspraken,<sup>392</sup> ter onderbouwing van het zwaar laten wegen van het gezichtspunt verwees naar het

---

<sup>386</sup> Uitspraak 7.

<sup>387</sup> Zie in gelijke zin het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 16 mei 2007 (uitspraak 21).

<sup>388</sup> Uitspraak 10.

<sup>389</sup> Arrest van 19 maart 2004 (uitspraak 14).

<sup>390</sup> Zie in gelijke zin uitspraak 48.

<sup>391</sup> Dit werd door Bloembergen reeds betoogd in zijn noot onder het arrest Van Hese/De Schelde. Zie ook Smeehuijzen 2005, p. 59 en Hartlief, Hijma & Snijders 2009a, p. 11 en 23. Zie ook Faure & Hartlief 2002, p. 43.

<sup>392</sup> Dat zijn de uitspraken 23 en 24 van 22 juni 2007 respectievelijk 31 augustus 2007.

artikel van Smeehuijzen in AV&S 2005-2, waarin de auteur schreef dat gezichtspunt g van doorslaggevend belang is.<sup>393</sup>

Aan het begin van deze paragraaf is reeds naar voren gebracht dat de conclusie in 28 van de 58 onderzochte uitspraken luidde dat binnen een redelijke termijn was gehandeld, hetgeen ten voordele strekt van de gelaedeerde c.q. diens nabestaanden. In 19 zaken werd geoordeeld dat niet voortvarend (genoeg) tot actie was overgegaan, hetgeen een argument tegen doorbreking van de verjaringstermijn oplevert.

In de meeste uitspraken is het relatieve gewicht ten opzichte van de andere gezichtspunten onbesproken gebleven. In een tweetal uitspraken werd echter geoordeeld dat het gewicht van de onderhavige factor neutraal was.<sup>394</sup> In vijf uitspraken werd geoordeeld dat gezichtspunt g een zwaarwegende factor is,<sup>395</sup> terwijl in andere uitspraken werd overwogen dat er veel gewicht aan toekomst<sup>396</sup> of zelfs dat het gezichtspunt van bijzonder gewicht is.<sup>397</sup> In niet minder dan acht zaken werd geoordeeld dat gezichtspunt g allesbepalend of doorslaggevend is.<sup>398</sup> Dit betekent dat deze factor, zonder de andere gezichtspunten in de beschouwing te betrekken, tot het oordeel over de vraag of het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid standhoudt, kan leiden. Overigens werd in alle uitspraken waarin een meer dan gemiddeld gewicht aan gezichtspunt g werd toegekend, geoordeeld dat niet binnen een redelijke termijn was gehandeld. In alle zaken waarin wel de nodige voortvarendheid was betracht, zal het verjaringsverweer steeds (ook) aan de hand van de andere gezichtspunten op redelijkheid moeten worden getoetst.

### 5.3.9 Overige gezichtspunten

De Hoge Raad heeft in het arrest Van Hese/De Schelde geen limitatieve lijst met gezichtspunten geformuleerd. Dat volgt al uit de overweging dat de vraag of het

---

<sup>393</sup> Smeehuijzen 2005, p. 57.

<sup>394</sup> Zie de uitspraken 53 en 55. Onduidelijk is echter waarom de rechter tot dit oordeel is gekomen. De Kantonrechter Rotterdam oordeelde in de eerstgenoemde uitspraak (van 22 oktober 2010), dat binnen redelijke termijn na het aan het licht komen van de schade een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden (namelijk binnen anderhalve maand) en dat binnen redelijke termijn een vordering tot schadevergoeding is ingesteld (te weten binnen negen maanden). Deze invulling van gezichtspunt g lijkt zonder meer in het voordeel van de gelaedeerde te strekken. Waarom er desondanks een neutrale waarde aan wordt toegekend ontgaat mij. Hetzelfde geldt voor uitspraak 55, het arrest van het Hof Den Haag van 25 januari 2011.

<sup>395</sup> Zie de uitspraken 3, 5, 18, 23 en 24.

<sup>396</sup> Uitspraak 21.

<sup>397</sup> Uitspraak 20.

<sup>398</sup> Zie daarvoor de uitspraken 11 tot en met 14, 30 tot en met 32, alsmede uitspraak 48.

beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, met inachtneming van *alle* omstandigheden van het geval zal moeten worden beoordeeld.<sup>399</sup> Naar aanleiding hiervan merk ik op dat het zo is, dat de rechter zich in de regel beperkt tot de gezichtspunten die de Hoge Raad in het arrest Van Hese/De Schelde heeft genoemd.<sup>400</sup> In 43 van de 58 onderzochte uitspraken zijn geen andere dan de uitdrukkelijk genoemde gezichtspunten in de beoordeling betrokken. Doorgaans wordt daarvoor in de lagere rechtspraak geen verklaring gegeven. Dat gebeurde wel in het arrest van het Hof Leeuwarden van 13 januari 2009,<sup>401</sup> waarin het hof overwoog dat andere dan de in het arrest Van Hese/De Schelde genoemde factoren niet waren gesteld. Ik wijs in dit verband ook nog op het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 24 juni 2009.<sup>402</sup> In dit vonnis oordeelde de rechtbank dat, de Van Hese/De Schelde-gezichtspunten ‘en de overige omstandigheden van het geval’ afwegend, het beroep van Nefalit op verjaring afstuit op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De rechtbank geeft er dus blijk van dat zij ook andere gezichtspunten in haar beoordeling heeft betrokken, maar welke dat zijn blijft onduidelijk.

In 15 zaken komen wel andere gezichtspunten aan de orde. Deze zullen hieronder worden behandeld. Van doorslaggevende betekenis zijn deze factoren, blijkens de uitspraken waarin zij voorkomen, echter niet, maar wel kunnen zij bijdragen aan het oordeel dat het beroep op verjaring toelaatbaar is dan wel dat dit in strijd komt met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Overigens is het zo dat verschillende van deze factoren nauw verband houden met wel uitdrukkelijk in het arrest Van Hese/De Schelde genoemde relevante omstandigheden. Die gezichtspunten zullen hieronder slechts kort aan de orde komen.

---

<sup>399</sup> Vgl. hierover paragraaf 5.3.1 en voorts de paragrafen 2.4.1.1 en 3.3.1.1.

<sup>400</sup> Zie in dit verband ook Smeehuijzen 2005, p. 60, die een viertal uitspraken bespreekt. In geen van die zaken voelde de rechter zich geroepen om, naast de zeven door de Hoge Raad gedicteerde gezichtspunten, nog andere factoren in de beoordeling te betrekken.

<sup>401</sup> Uitspraak 33.

<sup>402</sup> Uitspraak 37.

**5.3.9.1 Art. 6 EVRM**

In het kader van de ‘overige gezichtspunten’ wijs ik allereerst op het arrest van het Hof Den Bosch van 21 augustus 2001.<sup>403</sup> In het kader van de beoordeling van de vraag of het beroep van de aangesprokene op verjaring wel of niet toelaatbaar was, overwoog het hof dat het aanvaarden van dit beroep betekent dat De Koning, de gelaedeerde, nimmer een rechtsvordering zou hebben gehad; vóór 1998 niet door het ontbreken van aantoonbare schade en na 1998 niet door het verstreken zijn van de 30-jarige verjaringstermijn. Die omstandigheid levert naar het oordeel van het hof strijd op met het in art. 6 EVRM verankerde grondrecht op toegang tot de rechter. Hierin ligt, zo vervolgde het hof, een belangrijke aanwijzing dat het beroep op verjaring onaanvaardbaar is.

De aangesprokene die zich verweert met een beroep op verjaring staat, althans in de redenering van het hof, al met 1 - 0 achter, nog voordat de toetsing aan de hand van de uit het arrest Van Hese/De Schelde voortvloeiende gezichtspunten heeft plaatsgehad. De vraag rijst of dit uitgangspunt van het hof wel helemaal juist is. Immers, reeds in het arrest Van Hese/De Schelde overwoog de Hoge Raad, onder verwijzing naar het arrest van het EHRM in de zaak *Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk*,<sup>404</sup> dat de mogelijkheid om het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten, in lijn is met het in art. 6 EVRM belichaamde recht op toegang tot de rechter. Bovendien wees de Hoge Raad erop dat, gelet op de zeer lange duur van de termijn van art. 3:310 lid 2 BW en het met verjaring beoogde belangrijke doel van de rechtszekerheid, niet kan worden gezegd dat deze beperking van het recht op toegang tot de rechter niet mag worden gesteld. Bij de vraag of de verjaringstermijn doorbroken dient te worden, zal het recht op toegang tot de rechter geen zelfstandige rol meer spelen. Of zoals de Kantonrechter Middelburg overwoog:<sup>405</sup> mede vanwege dit recht op toegang tot de rechter wordt thans rechtens aanvaard dat de toepassing van de verjaringstermijn van 30 jaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Daarmee blijft overigens wel mogelijk, zo vervolgde de kantonrechter, dat een beroep op verjaring toch zou kunnen slagen. Of het beroep op verjaring slaagt hangt af van alle omstandigheden van het geval, waaronder de in het arrest Van Hese/De Schelde geformuleerde gezichtspunten. Art. 6 EVRM vormt in deze beoordeling geen relevante factor. Het zou immers in alle gevallen voor doorbreking van de verjaringstermijn pleiten. Zie in dit kader ook het vonnis van

---

<sup>403</sup> Uitspraak 2.

<sup>404</sup> EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449.

<sup>405</sup> In het vonnis van 5 augustus 2002 (uitspraak 5).

de Rechtbank Middelburg van 11 september 2002,<sup>406</sup> waarin werd geoordeeld dat het beroep op art. 6 EVRM, naast de bespreking van de verschillende relevante gezichtspunten, geen verdere behandeling behoeft.<sup>407</sup> Ik wijs in dit verband ten slotte op het vonnis van de Kantonrechter Amsterdam van 8 mei 2003,<sup>408</sup> waarin werd overwogen dat lidstaten het in art. 6 EVRM gegeven recht op toegang tot de rechter mogen reguleren, alsmede dat de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW binnen de grenzen ligt van de beoordelingsvrijheid van de lidstaten, zodat deze verjaringstermijn op zichzelf niet in strijd met art. 6 EVRM kan worden geacht.

### 5.3.9.2 Niet-materieel werkgeverschap

In de zaak die aanleiding gaf tot het vonnis van de Kantonrechter Almelo van 25 augustus 2009<sup>409</sup> werd Permess BV aangesproken door de nabestaanden van een voormalig werknemer (De Koning) in verband met een bij hem gediagnosticeerd mesotheliom. De erven stelden dat Permess de rechtsopvolger van de Koninklijke Twentse Stoomblekerij (KTS), waar De Koning tussen 1962 en 1969 had gewerkt, was. Daarna heeft De Koning, vanaf 1969 tot 1990, gewerkt bij Vonk, een installatiebedrijf. Met betrekking tot deze situatie overwoog de kantonrechter allereerst dat de nabestaanden niet in hun vordering kunnen worden ontvangen, aangezien niet is aangetoond dat Permess als rechtsopvolger van KTS te gelden heeft. Ten overvloede overwoog de kantonrechter nog dat de vordering van de nabestaanden toch zou stranden vanwege het gevoerde verjaringsverweer. In dit verband oordeelde de kantonrechter onder meer:

‘Permess was zelf niet materieel de werkgeefster tussen 1962 en 1969. Als zij al rechtsopvolgster zou zijn, hetgeen niet het geval is, dan wordt zij 39 jaar na dato aansprakelijk gehouden voor een gebrek aan zorgplicht door een rechtsvoorgangster. Formeel juridisch zou zij dan voor nalatigheid ten aanzien van de zorgplicht van KTS verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Thans, ruim na de verjaringstermijn en bij een opvolgend werkgeefster (Vonc) bij wie ook blootstelling kan hebben plaatsgehad, draagt het niet-materieel werkgeefster zijn bij aan de vaststelling dat het beroep van Permess [op verjaring, JQ] niet onaanvaardbaar is.’

---

<sup>406</sup> Uitspraak 6.

<sup>407</sup> In welk verband de rechtbank verwees naar de rechtsoverwegingen 3.3.2 en 3.3.4 van het arrest Van Hese/De Schelde.

<sup>408</sup> Uitspraak 7.

<sup>409</sup> Uitspraak 40.

### 5.3.9.3 De leeftijd van de gelaedeerde

Deze factor komt terug in vijf van de bestudeerde uitspraken. Dat is allereerst het geval in het vonnis van de Kantonrechter Rotterdam van 17 februari 2009.<sup>410</sup> De kantonrechter stelde voorop dat de zeven door hem behandelde gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde niet limitatief zijn. Naast deze gezichtspunten achtte de kantonrechter van belang dat de gelaedeerde op relatief hoge leeftijd is overleden, te weten 87 jaar, en dat de ziekte mesotheliom zich eerst 40 jaar na het einde van het dienstverband heeft geopenbaard. Dit betekent, aldus de kantonrechter, dat de gelaedeerde tijdens zijn leven eerst op hoge leeftijd is geconfronteerd met de gevolgen van de ziekte mesotheliom, hetgeen met zich brengt dat de schade van de gelaedeerde, afgezet tegen zijn levensverwachting zonder mesotheliom, relatief van minder gewicht is.<sup>411</sup>

In de hoger beroepsprocedure die volgde na deze uitspraak van de kantonrechter, mocht het Hof Den Haag, dat op 25 januari 2011 arrest wees,<sup>412</sup> zich over de zaak buigen. Het hof overwoog dat de gelaedeerde op 87-jarige leeftijd is overleden, waarbij het een feit van algemene bekendheid is dat de gemiddelde levensverwachting voor mannen (wezenlijk) lager ligt. Het hof vervolgde dat gesteld noch gebleken is dat het slachtoffer voor de diagnose van mesotheliom een zodanig lange lijdensweg heeft moeten ondergaan, dat dit de bereikte leeftijd ten tijde van het overlijden als punt van overweging relativeert. Het hof kwam, mede gelet op dit aspect, tot de slotsom dat de situatie – juridisch gezien – niet voldoende schrijnend is om het beroep op verjaring als onaanvaardbaar aan te merken.

Ook in het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 26 mei 2010<sup>413</sup> werd gewicht toegekend aan het gegeven dat het slachtoffer pas 48 jaar na beëindiging van het dienstverband werd geconfronteerd met mesotheliom.<sup>414</sup> In een voorliggende zaak kan het dus zinvol zijn om te bekijken of de factor leeftijd wellicht een argument is ter onderbouwing van het eigen standpunt.<sup>415</sup>

---

<sup>410</sup> Uitspraak 36.

<sup>411</sup> Zie over deze uitspraak ook Hebly & Lindenbergh 2013, p. 170-171.

<sup>412</sup> Uitspraak 55.

<sup>413</sup> Uitspraak 50.

<sup>414</sup> Zie in dezelfde zin het vonnis van (eveneens) de Rechtbank Rotterdam van 29 september 2010 (uitspraak 51), waarin de ziekte na 44 jaar na beëindiging van het dienstverband werd geconstateerd, alsmede het vonnis van de Kantonrechter Rotterdam van 22 oktober 2010 (uitspraak 53), waarin eveneens een periode van 44 jaar aan de orde was.

<sup>415</sup> De factor leeftijd zien we overigens regelmatig (als relevante omstandigheid) terug in door de rechter te maken beoordelingen, hetgeen voor het ontslag op staande voet, het



#### 5.3.9.4 Aan Van Hese/De Schelde-gezichtspunten gerelateerde factoren

In de lagere jurisprudentie zijn nog andere aspecten aan de orde gekomen, die weliswaar niet vallen onder de gezichtspunten zoals genoemd in het arrest Van Hese/De Schelde, maar daar wel nauw verband mee houden. Om die reden zijn deze aspecten reeds hierboven, bij de bespreking van de afzonderlijke Van Hese/De Schelde-gezichtspunten besproken. Ik volsta dan ook met een korte bespreking.

In het arrest van het Hof Arnhem van 13 april 2004<sup>416</sup> kwam de stelling van Eternit, dat zij nimmer eerder met een aansprakelijkstelling als in deze zaak was geconfronteerd, aan de orde. Het hof oordeelde dat deze stelling (en een stelling met betrekking tot de solvabiliteit van Eternit) onvoldoende reden vormden om het beroep van Eternit op verjaring wel te honoreren. Dit aspect heeft raakvlakken met gezichtspunt d. Immers, als er sprake is geweest van eerdere aansprakelijkstellingen, kan dit een argument zijn om te betogen dat de aangesprokene er reeds in een eerder stadium rekening mee had moeten houden dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn.

Dat de aangesproken partij geen asbestproducerend of -verwerkend bedrijf is, kwam aan de orde in het arrest van het Hof Amsterdam van 15 december 2009.<sup>417</sup> Het hof kende gewicht toe aan deze omstandigheid, nadat het, in het kader van gezichtspunt c, had geoordeeld dat niet kan worden gezegd dat sprake is van een hoge mate van verwijtbaarheid.

De meeste 'overige gezichtspunten' houden verband met gezichtspunt f, dat de vraag aan de orde stelt of aansprakelijkheid nog door verzekering is gedekt. In verschillende lagere uitspraken wordt dit gezichtspunt iets breder getrokken, door ook in te gaan op de (mogelijke) gevolgen voor de aangesprokene wanneer blijkt dat geen sprake (meer) is van verzekeringsdekking. Zo overwoog het Hof Den Haag op 24 juli 2002,<sup>418</sup> dat De Schelde, de aangesproken partij, in de gelegenheid was geweest om financiële voorzieningen te treffen voor het soort vorderingen als die van de erven Van Hese.<sup>419</sup> In het

---

kennelijk onredelijk ontslag en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:685 BW is uitgewerkt in Quist 2007c, p. 73 e.v. Zie over de leeftijd van de werknemer bij ontslag op staande voet tevens paragraaf 6.3.6.1.

<sup>416</sup> Uitspraak 15.

<sup>417</sup> Uitspraak 44.

<sup>418</sup> Uitspraak 4.

<sup>419</sup> Deze uitspraak betreft het verwijzingsarrest na het arrest Van Hese/De Schelde van de Hoge Raad.

verlengde hiervan ligt het arrest van het Hof Den Haag van 3 april 2012,<sup>420</sup> waarin het hof vaststelde dat Eternit niet had weersproken dat zij een reservering voor asbestclaims had gemaakt, hetgeen naar het oordeel van het hof ten voordele van de erven van het slachtoffer kon worden meegewogen.

Dat door het niet verzekerd zijn de solvabiliteit van de aangesprokene onder druk komt te staan of wordt bedreigd, kwam aan de orde in het arrest dat het Hof Arnhem wees op 14 april 2004.<sup>421</sup> In het arrest van het Hof Den Bosch van 28 maart 2008<sup>422</sup> werd geoordeeld dat het argument van Eternit, dat zij onvoldoende mogelijkheden heeft om de onderhavige en toekomstige aanspraken in haar eigen vermogen op te vangen, onvoldoende gewicht in de schaal legt.<sup>423</sup> In de procedure die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 6 oktober 2010<sup>424</sup> kon aan een beoordeling van dit aspect niet worden toegekomen. De rechtbank overwoog dat niet gesteld of gebleken is dat Eternit onvoldoende (financiële) middelen heeft om de aanspraken van de eisende partij op te vangen.

In dit verband komt ook belang toe aan het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Maastricht van 16 april 2007,<sup>425</sup> waarin de president oordeelde dat het gegeven dat Nefalit sinds 1985 inactief is en bijgevolg geen inkomsten meer heeft, bezwaarlijk aan de eisende partij kan worden tegengeworpen.

#### **5.4 Weging van de gezichtspunten**

De Hoge Raad heeft in het arrest Van Hese/De Schelde noch in een latere uitspraak, aangegeven hoe de verschillende gezichtspunten ten opzichte van elkaar moeten worden gewogen.<sup>426</sup> In sommige uitspraken van lagere rechters zien we dat wel een poging wordt gedaan om een criterium voor de afweging te geven. Ik zal deze uitspraken hieronder bespreken.

---

<sup>420</sup> Uitspraak 58.

<sup>421</sup> Uitspraak 15.

<sup>422</sup> Uitspraak 28.

<sup>423</sup> Zie in vergelijkbare zin uitspraak 30 en 49.

<sup>424</sup> Uitspraak 52.

<sup>425</sup> Uitspraak 20.

<sup>426</sup> Dat is een in de literatuur veel gehoord kritiekpunt. Zie onder andere de noot van Jansen en Loonstra onder JOR 2000, 163 (Van Hese/De Schelde), Van Boom 2000, p. 64, Van Dijk 2003, p. 152, Smeehuijzen 2005, p. 52, Peeters 2007, p. 182, De Lang & Van 2012, 2075-102, Hartlief 2012, p. 11, alsmede Smeehuijzen in zijn noot onder Hof Den Haag 18 december 2012, JA 2013/110. In de JA is ten onrechte als datum van de uitspraak vermeld: 18 december 2013.

Ik wijs allereerst op een tweetal arresten van het Hof Den Haag, beide gewezen op 25 januari 2011.<sup>427</sup> In deze arresten stelde het hof voorop dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat de lat voor doorbreking van de verjaringstermijn bepaald hoog ligt. Immers, de verjaringstermijn heeft in beginsel een absoluut karakter, waaraan als uitgangspunt strikt de hand moet worden gehouden. Alleen in uitzonderlijke situaties kan dat anders zijn, zo overwoog het hof in navolging van de Hoge Raad. Het gegeven dat de ziekte pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken, wil aldus het hof niet zeggen dat zich een geval van onaanvaardbaarheid voordoet, maar uitsluitend dat zich zo'n geval *kán* voordoen. De Hoge Raad heeft, zo vervolgde het hof, namelijk niet voor niets aangegeven dat alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden gewogen om te beoordelen of inderdaad sprake is van onaanvaardbaarheid in de hier bedoelde zin en dat alle door hem vermelde zeven gezichtspunten kenbaar in de beoordeling moeten worden betrokken.

Na deze inleidende overweging oordeelde het hof (uitsluitend in uitspraak 55) dat er geen vaste/onderlinge rangorde met betrekking tot de verschillende gezichtspunten bestaat. Bovendien, zo overwoog het hof, bevat de gezichtspuntencatalogus geen limitatieve opsomming van gezichtspunten, nu alle omstandigheden dienen te worden meegewogen; het gaat om het totaalbeeld van alle relevante omstandigheden van het geval.

Ook de Rechtbank Rotterdam overwoog in haar vonnis van 5 december 2007,<sup>428</sup> dat in beginsel alle in het arrest Van Hese/De Schelde genoemde gezichtspunten van belang zijn, waarmee het imperatieve karakter van deze catalogus wordt onderstreept.<sup>429</sup> De rechtbank voegde echter wel toe dat er beperkingen en aanvullingen mogelijk zijn. In lijn hiermee is het arrest van het Hof Amsterdam van 18 november 2008,<sup>430</sup> waarin werd overwogen dat de afweging van omstandigheden die het hof te maken heeft niet impliceert dat ten aanzien van alle gezichtspunten een oordeel ten gronde moet worden gegeven. Voor wat betreft de uiteindelijk te maken afweging oordeelde het hof dat mede van belang is in welke mate elk van de afzonderlijke gezichtspunten in het

---

<sup>427</sup> Uitspraken 55 en 56.

<sup>428</sup> Uitspraak 26.

<sup>429</sup> De Kantonrechter Leeuwarden nam in zijn vonnis van 12 november 2009 (uitspraak 42) uitdrukkelijk afstand van het imperatieve karakter van de gezichtspuntencatalogus. Nadat werd geoordeeld dat de aangesprokene zich naar redelijkheid niet (meer) tegen de jegens hem ingestelde vordering kon verweren en de kantonrechter daaraan doorslaggevende betekenis toekende, overwoog hij dat een verdere bespreking van de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten achterwege kon worden gelaten.

<sup>430</sup> Uitspraak 31.

voordeel van de ene of de andere partij pleit en welke waarde aan de desbetreffende gezichtspunten moet worden toegekend.

Naar aanleiding hiervan heeft het hof in kaart gebracht welke gezichtspunten zowel (enigszins) in het voordeel van de ene partij als in het voordeel van de andere partij pleiten. Deze gezichtspunten heeft het hof als het ware tegen elkaar weggestreept. Ten aanzien van de overgebleven gezichtspunten heeft het hof geoordeeld of deze voor of tegen doorbreking van de verjaringstermijn pleiten, waarna de(ze) gezichtspunten tegen elkaar zijn afgewogen, onder meer door aan te geven of de desbetreffende factoren ‘enigszins’ of ‘sterk’ voor het ene of het andere standpunt spraken. Deze ‘wegstreeptournure’ ontdoet de afweging eerst van weinigzeggende gezichtspunten, waarna de echt relevante factoren tegen elkaar kunnen worden afgewogen. Bij gebrek aan beter lijkt mij dat er wel iets te zeggen is voor deze aanpak. Het maakt de afweging in ieder geval overzichtelijker en het leidt, zo zal in de volgende paragraaf blijken, tot een deugdelijke motivering.

De ‘aanpak’ van de Rotterdamse Rechtbank is, blijkens haar vonnis van 8 juli 2009,<sup>431</sup> een iets andere. De rechtbank overwoog namelijk dat:

‘... voor “onaanvaardbaarheid” nodig is dat ofwel het merendeel van de gezichtspunten in de richting van sprekende onbillijkheid of onredelijkheid van het beroep op verjaring wijst, ofwel enkele gezichtspunten zeer sterk in die richting wijzen.’

De rechtbank kwam tot de conclusie dat niet aan dit ‘criterium’ was voldaan; hoewel de redelijkheid en billijkheid zich wel in enigerlei mate tegen het beroep op verjaring verzetten, kan, zo overwoog de rechtbank, niet gezegd worden dat dat beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Het vonnis van de Kantonrechter Rotterdam van nog geen twee weken later, te weten 21 juli 2009,<sup>432</sup> is niet in lijn met de door de rechtbank aldaar geformuleerde maatstaf. De kantonrechter oordeelde dat zes van de zeven gezichtspunten zich niet verzetten tegen doorbreking van de verjaringstermijn. Desondanks achtte de kantonrechter het wenselijk dat de kwestie van de verzekering (gezichtspunt f) verder wordt uitgediept. Het is immers, aldus de kantonrechter, niet zo dat sprake is van een hiërarchie binnen de gezichtspunten-

---

<sup>431</sup> Uitspraak 38. Zie in gelijke zin het vonnis van dezelfde rechtbank van 12 oktober 2011 (uitspraak 57).

<sup>432</sup> Uitspraak 39.

catalogus.<sup>433</sup> De kantonrechter voegde nog toe dat niet kan worden uitgesloten dat het beroep op verjaring gegrond dient te worden verklaard, enkel en alleen vanwege gezichtspunt f.<sup>434</sup>

Noemenswaardig is ten slotte nog het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Almelo van 4 juni 2008.<sup>435</sup> De president overwoog in deze uitspraak dat de voorliggende casus, behoudens onderdeel f, voldoet aan de door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten. Dat is een beetje vreemde overweging, aangezien de in het arrest Van Hese/De Schelde genoemde factoren geen criteria zijn waar wel of niet aan wordt voldaan. Bovendien zijn niet alle genoemde factoren gesloten gezichtspunten,<sup>436</sup> die met een eenvoudig 'ja' of 'nee' (of een andere beperkte keuzemogelijkheid) kunnen worden ingevuld.<sup>437</sup>

Al met al zien we dat in de lagere rechtspraak op verschillende manieren invulling wordt gegeven aan de aan de hand van de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde te maken afweging. Opmerking verdient nog dat in veruit de meeste uitspraken met geen woord wordt gerept over de door de rechter in dit kader toegepaste maatstaf. Veelal blijft het bij de opmerking dat 'alle omstandigheden afwegende ...' of 'alles overziende ...' een bepaalde uitkomst gerechtvaardigd is. Dit raakt overigens de wijze waarop de rechter zijn beslissing motiveert. Daar zal ik in de volgende paragraaf nader op ingaan.

---

<sup>433</sup> Zie hierover Smeehuijzen 2005, p. 59-60, die juist een hiërarchische ordening van de gezichtspunten heeft voorgesteld.

<sup>434</sup> Ik merk naar aanleiding van deze overweging op dat er mij geen enkele (andere) uitspraak bekend is waarin doorslaggevende betekenis werd toegekend aan gezichtspunt f.

<sup>435</sup> Uitspraak 29. Ik wijs voorts op het vonnis van 13 oktober 2009, gewezen door de Kantonrechter te Almelo (uitspraak 41). Hierin werd geoordeeld dat de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde 'tot leidraad behoren te worden genomen bij de beoordeling van het beroep op verjaring'. Van Drongelen c.s. spreekt van 'beoordelingscriteria', Van Drongelen 2006, p. 88.

<sup>436</sup> Zie hierover paragraaf 2.4.5.1.

<sup>437</sup> Zie voor een ander voorbeeld Rb. Den Bosch 25 april 2007, NJF 2007, 286, in welke uitspraak de Kelderluik-factoren aan de orde waren. De rechtbank overwoog: '... dat het in het leven roepen van een gevaarzettende situatie, bij verwezenlijking van dat gevaar, kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, indien is voldaan aan de criteria die door de Hoge Raad zijn geformuleerd in het Kelderluik-arrest van 5 november 1965 (NJ 1966, 136).' Zie in vergelijkbare zin Rb. Den Bosch 8 april 2009, JA 2009/82. De rechtbank ziet er in deze overweging mijns inziens aan voorbij dat de Kelderluik-factoren (net als de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde) geen criteria zijn waaraan wel of niet is voldaan. Deze gezichtspunten dienen eerst 'ingekleurd' te worden alvorens zij in een bepaalde richting (wel of geen aansprakelijkheid c.q. doorbreking van de verjaringstermijn) kunnen wijzen.

### 5.5 Procesrechtelijke aspecten

In enkele lagere uitspraken komen procesrechtelijke aspecten aan de orde. Dat geldt in de eerste plaats voor de stelplicht- en bewijslastverdeling. Vaak gebeurt dat bij de afzonderlijke gezichtspunten. Voor zover daar sprake van was, is dat hierboven bij de bespreking van de zeven in het arrest Van Hese/De Schelde genoemde gezichtspunten aangegeven. In algemene zin wordt slechts af en toe aandacht besteed aan de stelplicht- en bewijslastverdeling.<sup>438</sup>

Zeer uitgesproken is het Hof Den Bosch in zijn arrest van 25 maart 2008.<sup>439</sup> Het hof oordeelde dat, nu enerzijds vaststaat dat de vordering in beginsel is verjaard en anderzijds het de gelaedeerde is die zich erop beroept dat het verjaringsverweer van Eternit onaanvaardbaar is, de gelaedeerde de daartoe relevante feiten en omstandigheden dient te stellen en bij betwisting dient te bewijzen.<sup>440</sup> De soep wordt echter niet zo heet gegeten als ze wordt opgediend, want het hof overwoog vervolgens dat tot een deel van de in dat verband relevante informatie alleen Eternit toegang heeft. Dat brengt naar het oordeel van het hof mee dat op Eternit de verplichting rust om de relevante informatie waarover zij wel, maar de gelaedeerde niet kan of kon beschikken, bekend dient te maken, opdat de aldus verstrekte inlichtingen kunnen dienen als

---

<sup>438</sup> Ook in de literatuur wordt slechts mondjesmaat aandacht aan dit aspect besteed. Wel stelde Joustra de vraag of het op de weg van de gelaedeerde ligt om te stellen en zo nodig te bewijzen dat zich een situatie voordoet waarin het gaat om schade waarvan gedurende lange tijd onzeker is geweest of deze zal intreden en die naar haar aard daadwerkelijk meer dan 30 jaar verborgen is gebleven, waarna de verweerder zich met behulp van de gezichtspunten kan verweren tegen toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Zie Joustra 2000, p. 106. Een dergelijke verdeling van de stelplicht (en bewijslast) ben ik in de rechtspraak niet tegengekomen. Zie in relatie tot (thans) art. 24 en 149 Rv ook Bloembergen in zijn noot onder het arrest Van Hese/De Schelde. De annotator wierp de vraag op wat heeft te gelden indien partijen omtrent een bepaald gezichtspunt niets hebben gesteld. Bloembergen voegde hieraan toe dat hij ervan uit gaat dat het aanvullen van feitelijke gronden verboden blijft.

<sup>439</sup> Uitspraak 28.

<sup>440</sup> Zie voor eenzelfde overweging het arrest van het Hof Amsterdam van 19 januari 2010 (uitspraak 45). Zie in deze lijn ook het arrest van het Hof Leeuwarden van 7 februari 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:AZ8320. Het hof overwoog '... dat het niet is uitgesloten dat het onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een schuldenaar zich op de vijfjaarstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW beroept (HR 1 februari 2002, NJ 2002, 195). De stelplicht en bewijslast dat daarvan sprake is, berust bij degene die zich op deze onaanvaardbaarheid beroept.' Anders: het Hof Arnhem in zijn arrest van 27 februari 2007 (uitspraak 19), besproken in paragraaf 5.3.7. Het hof overwoog dat het op de weg van Eternit (als aangesproken partij) ligt om helderheid te verschaffen over de vraag of de afgesloten verzekering nog dekking biedt dan wel waarom dat niet (langer) het geval is. Immers, zo vervolgde het hof, het is Eternit die met een beroep op onder meer gezichtspunt f betoogt dat haar verjaringsverweer dient te worden gehonoreerd.

aanknopingspunten voor bewijslevering door de gelaedeerde. Dit is de zogenoemde verzwaarde stelplicht, die in paragraaf 4.2.3.2 is besproken.

Dat de invulling van de verschillende gezichtspunten afhankelijk is van hetgeen partijen hebben gesteld en hebben betwist, blijkt onder andere uit het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 14 januari 2009,<sup>441</sup> waarin de rechtbank overwoog dat het antwoord op de vragen in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn (gezichtspunt d) en of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren (gezichtspunt e), met name van belang is in het kader van de wederzijdse stel- en motiveringsplicht en de eventuele bewijswaardering. Zie ook het arrest van het Hof Den Haag van 3 april 2012<sup>442</sup>, waarin het hof ten aanzien van gezichtspunt f overwoog dat het ervan uit gaat dat de aansprakelijkheid van Eternit niet door verzekering is gedekt, nu zij dat heeft gesteld en de eisende partij dat niet gemotiveerd heeft weersproken. Ook uit de uitspraken van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Maastricht van 16 april 2007<sup>443</sup> en die van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen van 15 juni 2007,<sup>444</sup> blijkt dat wanneer partijen wensen dat de rechter een bepaalde invulling aan de gezichtspunten geeft, zij de daaraan ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden wel voldoende moeten onderbouwen. Dat geldt ook voor de toepassing van eventuele gezichtspunten die niet in de catalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde afkomstig zijn. Het Hof Leeuwarden overwoog in zijn arrest van 13 januari 2009,<sup>445</sup> dat het oordeel van de rechter ook afhankelijk kan zijn van andere relevante factoren, doch, zo voegde het hof toe, die zijn niet gesteld.

Los van de vraag wie moet stellen (en bewijzen), bepaalt art. 21 Rv dat partijen verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Deze bepaling werd reeds besproken in paragraaf 4.4. In één van de onderzochte uitspraken is (kort) op art. 21 Rv ingegaan. Dat is het vonnis van de Kantonrechter Rotterdam van 21 juli 2009.<sup>446</sup>

Art. 22 Rv, dat bepaalt dat de rechter in iedere stand van de procedure (één van de) partijen kan bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen, vindt vaker

---

<sup>441</sup> Uitspraak 34.

<sup>442</sup> Uitspraak 58.

<sup>443</sup> Uitspraak 20.

<sup>444</sup> Uitspraak 22.

<sup>445</sup> Uitspraak 33.

<sup>446</sup> Uitspraak 39.

toepassing. Het komt namelijk met enige regelmaat voor dat de rechter van oordeel is dat er onvoldoende informatie beschikbaar is om aan de hand van de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde een oordeel te geven over de vraag of het opgeworpen verjaringsverweer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zo overwoog de Rechtbank Rotterdam in haar vonnis van 5 december 2007,<sup>447</sup> dat een verantwoord oordeel over de (on)aanvaardbaarheid van het beroep op verjaring slechts te geven is op basis van voldoende informatie over elk van de gezichtspunten (beschikbaar uit daartoe betrokken stellingen of, bij behoorlijke betwisting, geleverd bewijs), omdat alleen dan een compleet beeld van de relevante omstandigheden kan ontstaan.

De Kantonrechter Amsterdam gelaste om die reden, bij tussenvonnis van 8 mei 2003,<sup>448</sup> een verschijning van partijen.<sup>449</sup> De Kantonrechter Rotterdam, die ook behoefte had aan nadere inlichtingen, verwees de zaak bij vonnis van 21 juli 2009<sup>450</sup> naar de rol, zodat nog een conclusie na tussenvonnis (en vervolgens een antwoordconclusie) kon worden genomen, zodat partijen zich nog konden uitlaten over de door de kantonrechter genoemde aspecten. Ook de Kantonrechter Middelburg verwees de zaak naar de rol, opdat de gelaedeerde kon aangeven welke schade was geleden (gezichtspunt a) en welke uitkeringen waren ontvangen (gezichtspunt b).<sup>451</sup>

Niet iedere procedure leent zich voor toepassing van art. 22 Rv. In een tweetal zaken werd de vordering van de eisende partij afgewezen omdat er over enkele gezichtspunten (nog) onduidelijkheid bestond. In die zaken, een voorlopige voorziening ex art. 223 Rv<sup>452</sup> en een kort geding,<sup>453</sup> werd geen toepassing gegeven aan art. 22 Rv, naar alle waarschijnlijkheid omdat dat tot een te grote vertraging van deze op snelheid gerichte procedures zou leiden. Hoewel de Rechtbank Rotterdam in de procedure ex art. 223 Rv overwoog dat partijen zich (ten aanzien van gezichtspunt c) nader zullen moeten uitlaten en dat mogelijk bewijsvoering moet plaatsvinden (dit alles in de hoofdzaak), kwam de rechtbank tot het oordeel dat de relevantie van de gezichtspunten en het relatieve gewicht daarvan voor de uiteindelijke beslissing in de hoofdzaak echter nog niet

---

<sup>447</sup> Uitspraak 26.

<sup>448</sup> Uitspraak 7.

<sup>449</sup> Zie in dit verband art. 88 lid 1 Rv, dat bepaalt dat een verschijning van partijen (comparitie) ook kan worden bevolen tot het geven van inlichtingen aan de rechter.

<sup>450</sup> Uitspraak 39.

<sup>451</sup> Zie het vonnis van 7 december 2009 (uitspraak 43).

<sup>452</sup> Uitspraak 34.

<sup>453</sup> Uitspraak 27.



voldoende beoordeeld konden worden om daar in het kader van een voorlopige voorziening op vooruit te lopen.

Ten slotte ga ik in op de motivering van de uitspraken. In paragraaf 4.5 zagen we dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat rechterlijke beslissingen zodanig moeten worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geven in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden, de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken. In paragraaf 2.7.2.7 is aangegeven dat één van de kritiekpunten op het gebruik van gezichtspuntencatalogi is dat het gebrekkige motiveringen oplevert. Welk beeld geeft de lagere rechtspraak waarin invulling wordt gegeven aan de Van Hese/De Schelde-factoren?

In de meeste van de onderzochte uitspraken wordt de afweging niet of nauwelijks gemotiveerd. Nadat invulling is gegeven aan de verschillende gezichtspunten, volgt dan het oordeel dat ‘gelet op het bovenstaande’ of ‘alles afwegende’ de slotsom luidt dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wel of niet onaanvaardbaar is.<sup>454</sup> Ik onderschrijf dan ook de stelling van Hulst, dat de in de rechtspraak aan de hand van de in Van Hese/De Schelde genoemde gezichtspunten gemaakte afwegingen mager onderbouwd worden.<sup>455</sup>

Dat de door de rechter gemaakte afweging niet of nauwelijks is gemotiveerd kan verschillende redenen hebben. Zo is het mogelijk dat alle gezichtspunten erop wijzen dat het verjaringsverweer onaanvaardbaar is.<sup>456</sup> In dat geval valt er simpelweg niets af te wegen. Dat is ook het geval indien de rechter slechts één van de zeven gezichtspunten relevant heeft geacht,<sup>457</sup> zoals blijkt het voorgaande af en toe voorkomt, met name bij de gezichtspunten e en g. In andere gevallen is een motivering (nog) niet aan de orde, omdat er nog geen afweging kan worden gemaakt, bijvoorbeeld omdat de rechter nadere informatie behoeft.<sup>458</sup> In twee van de onderzochte zaken werd aangesloten bij de motivering in eerste aanleg.<sup>459</sup> In de meeste gevallen echter is onduidelijk waarom een (deugdelijke) motivering ontbreekt. Het blijft in die gevallen gissen

<sup>454</sup> Zie voor zaken waarin een dergelijke, weinigzeggende formulering werd gebruikt de uitspraken 1, 8, 9, 13, 19, 20, 28, 29, 33, 35, 36, 38, 45, 46, 47, 48, 55, 56 en 58.

<sup>455</sup> Hulst 2012, p. 21.

<sup>456</sup> Zie in dit verband de uitspraken 28 en 35.

<sup>457</sup> Zoals in de uitspraken 11, 12, 14, 30, 32 en 48.

<sup>458</sup> Zie de uitspraken 7, 26, 39 en 43.

<sup>459</sup> Uitspraken 2 en 15.

naar het gewicht dat de rechter in de desbetreffende zaak aan de verschillende gezichtspunten heeft toegekend.

Er zijn echter ook zaken waarin de rechter zijn afweging wel in meer of mindere mate van een motivering heeft voorzien. Hierbij is een drietal categorieën te onderscheiden. Dat zijn in de eerste plaats de uitspraken waarin de rechter heeft aangegeven welke gezichtspunten vóór en welke gezichtspunten tegen doorbreking van de verjaringstermijn pleiten.<sup>460</sup> Op basis daarvan wordt dan een beslissing genomen over de aanvaardbaarheid van het opgeworpen verjaringsverweer.

Dit zegt echter nog weinig over het gewicht dat de rechter aan de verschillende gezichtspunten heeft toegekend. Immers, het kan best zo zijn dat vijf gezichtspunten wijzen in de richting van doorbreking van de verjaringstermijn en slechts twee gezichtspunten daartegen pleiten, maar toch kan de rechter dusdanig veel gewicht aan die twee factoren toekennen, dat het beroep op verjaring aanvaardbaar wordt geoordeeld. In diverse uitspraken zien we dan ook dat de rechter heeft aangegeven welk gewicht aan de verschillende gezichtspunten is toegekend.<sup>461</sup> Dat lijkt al meer op een echte afweging.

Ten slotte is er een (weinig voorkomende) categorie uitspraken, waarin zowel is aangegeven welke gezichtspunten voor en welke tegen doorbreking van de verjaringstermijn pleiten, maar waarbij tevens is vermeld wat het gewicht van de in de beoordeling meegenomen factoren is. Het lijkt mij dat dit de best gemotiveerde uitspraken oplevert, omdat de rechter op deze wijze op de meest duidelijke manier inzicht geeft in zijn gedachtegang. Ik wijs in dit verband op het vonnis van de Rechtbank Almelo van 28 april 2010,<sup>462</sup> dat tot deze categorie gerekend kan worden. De prijs voor de beste motivering gaat wat mij betreft echter naar het Hof Amsterdam. De motivering in zijn arrest van 18 november 2008<sup>463</sup> geeft zeer helder aan welke gezichtspunten in het voordeel van welke partij pleiten, maar direct ook welk gewicht aan de verschillende gezichtspunten is toegekend. Ik citeer uit het arrest:

‘Bij de te maken afweging van alle omstandigheden van het onderhavige geval is mede van belang in welke mate elk van de afzonderlijke gezichtspunten in

---

<sup>460</sup> Uitspraken 4, 16, 17, 22, 44, 50 tot en met 54 en 57.

<sup>461</sup> Dat is het geval in de uitspraken 3, 5, 6, 18, 21, 23, 24 en 37. Ik voeg hieraan toe dat niet steeds op alle gezichtspunten is ingegaan, maar dat soms ook alleen is genoemd welke gezichtspunten zwaar hebben meegewogen.

<sup>462</sup> Uitspraak 49.

<sup>463</sup> Uitspraak 31.

het voordeel van de ene of de andere partij pleit en welke waarde – eventueel mede op grond daarvan – aan het desbetreffende gezichtspunt moet worden toegekend. Daarvan uitgaand komt het hof tot het volgende.

De gezichtspunten a, b, c en f pleiten in het onderhavige geval enigszins (a en c) of sterk (b en f) in het voordeel van [Y], de overige gezichtspunten (d, e en g) enigszins (e) of sterk (d en g) in dat van [Z]. Aan met name de gezichtspunten a, c en e hecht het hof in het onderhavige geval minder waarde, reeds omdat deze slechts enigszins in het voordeel van de ene of de andere partij pleiten. Aan gezichtspunt b hecht het hof in het onderhavige geval, in het licht van de onder 4.3 geformuleerde uitgangspunten, eveneens weinig waarde. Dit betekent dat het hof met name gezichtspunt f tegen de gezichtspunten d en g heeft af te wegen. In die afweging hecht het hof doorslaggevende betekenis aan gezichtspunt g waaraan, gelet op met name de ratio van de onder 4.3 geformuleerde uitgangspunten, veel meer gewicht toekomt dan aan de gezichtspunten d en f, die niet zozeer rechtstreeks aan genoemde ratio raken maar veeleer de laedens een zekere bescherming beogen te bieden tegen een onverwachte confrontatie met oude vorderingen. Daarbij tekent het hof aan dat het aan gezichtspunt g, dat op zichzelf al een bijzondere plaats inneemt, met name veel waarde hecht tegen de achtergrond van de rechtszekerheid die bij toepassing van de onder 4.3 geformuleerde uitgangspunten in het oog moet worden gehouden. (...)

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vraag of voldoende grond bestaat de verjaringstermijn van dertig jaar van artikel 3:310 lid 2 BW buiten toepassing te laten, ontkennend moet worden beantwoord en dat daarom de grieven niet tot vernietiging van het bestreden vonnis kunnen leiden.’

## 5.6 Afronding

Voordat de Hoge Raad op 28 april 2000 het arrest Van Hese/De Schelde wees, had Willemsen geschreven dat de rechtspraak op het punt van de verjaring van zogenoemde mesotheliomclaims een wisselend beeld te zien gaf.<sup>464</sup> Wanneer de hierboven behandelde rechtspraak wordt bezien, moet de conclusie zijn dat de rechtspraak van ná Van Hese/De Schelde hierin eigenlijk niet veel verandering heeft gebracht. Ook thans is het zo dat sprake is van verdeeldheid, waardoor de uitkomst van een procedure ongewis is.<sup>465</sup> Dat is in lijn met de

---

<sup>464</sup> Willemsen 1997, p. 16.

<sup>465</sup> Zie hierover De Lang & Van 2012, 2075-102 en Hulst 2012, p. 11. De stelling van Vloemans en Van den Heuvel, dat in de rechtspraak sprake is van onwil om een beroep op verjaring toe te staan, onderschrijf ik dan ook niet. Vgl. Vloemans & Van den Heuvel 2013, p. 109.

conclusie van Hebly en Lindenbergh, die de rechtspraak vanaf 2009 hebben onderzocht.<sup>466</sup>

De Hoge Raad heeft in het arrest Van Hese/De Schelde een lijst met gezichtspunten geformuleerd die de lagere rechter in zijn beoordeling *moet* betrekken. De Hoge Raad is dus erg helder met betrekking tot de vraag welke factoren hij van belang acht. In veel zaken wordt het door de Hoge Raad aangereikte criterium ook vooropgesteld, al dan niet onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad.<sup>467</sup> Ondanks het volledig imperatieve karakter van de catalogus, is niet in alle uitspraken ook op alle factoren ingegaan. In 41 van de 58 zaken werd aan alle zeven gezichtspunten aandacht besteed.<sup>468</sup> In sommige uitspraken daarentegen werd slechts één enkel gezichtspunt doorslaggevend geacht, zonder dat nog op de verdere factoren werd ingegaan, waarmee dus voorbij werd gegaan aan het feit dat de Hoge Raad een imperatieve lijst met relevante factoren heeft geformuleerd. Op voorhand is dus niet steeds duidelijk aan hoeveel en welke gezichtspunten de rechter zijn oordeel met betrekking tot het opgeworpen verjaringsverweer zal 'ophangen', hetgeen tot onzekerheid over de uitkomst van de procedure zal leiden.

Daar komt bij dat de wijze waarop in de lagere rechtspraak invulling aan de verschillende gezichtspunten is gegeven bepaald niet eenduidig is. Diverse gezichtspunten zijn in verschillende uitspraken compleet anders ingekleurd, hetgeen ook grote gevolgen kan hebben voor het antwoord op de vraag in het voordeel van welke partij het desbetreffende gezichtspunt in de totale beoordeling meeweegt.<sup>469</sup>

Hoewel de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde (net zoals alle andere lijsten met relevante factoren) niet limitatief is, wordt in de lagere rechtspraak weinig ingegaan op zogenoemde overige gezichtspunten, factoren die niet met zoveel woorden in de catalogus zijn opgenomen. Het gaat slechts om enkele aanvullende omstandigheden, zoals bleek in paragraaf 5.3.9. Smeehuijzen wees er al op dat de verplichte gezichtspuntencatalogus de rechter

---

<sup>466</sup> Hebly & Lindenbergh 2013, p. 171.

<sup>467</sup> Dat was in niet minder dan 52 van de 58 zaken, waarvan in 42 zaken de gezichtspuntencatalogus ook is overgenomen. Vgl. paragraaf 5.3.1.

<sup>468</sup> De stelling van Smeehuijzen, dat rechters zonder uitzondering de gehele lijst afgaan (vgl. Smeehuijzen 2005, p. 58, Smeehuijzen 2006, p. 61 en Smeehuijzen 2008, p. 257) strookt dan ook niet volledig met mijn bevindingen.

<sup>469</sup> Dit is in lijn met de bevindingen van Hebly en Lindenbergh. Zij schreven dat aan de afzonderlijke gezichtspunten vaak een verschillend gewicht wordt toegekend en dat bepaalde gezichtspunten bovendien zowel ten gunste als ten nadele van de doorbreking van de verjaring worden meegewogen. Hebly & Lindenbergh 2013, p. 171.

belet zijn oordeel op andere (meer) relevante omstandigheden te baseren.<sup>470</sup> Op zichzelf komt dit aspect de voorspelbaarheid van de uitkomst juist ten goede.

Ondanks dat het verjaringsverweer in de meeste gevallen wordt gehonoreerd (35 uitspraken tegenover 19 uitspraken waarin het beroep op verjaring in strijd met de redelijkheid en billijkheid werd geoordeeld),<sup>471</sup> blijft het, voornamelijk als gevolg van de hierboven beschreven aspecten, lastig om de uitkomst van een procedure goed te voorspellen. Dat kan er weer voor zorgen dat het onderhandelingstraject moeizaam verloopt.<sup>472</sup>

Kort na het arrest Van Hese/De Schelde sprak Van Boom de hoop uit dat toekomstige procedures meer handvatten aan de betrokken partijen zouden aanreiken om de schadeafwikkeling vlotter te laten verlopen.<sup>473</sup> Het voorgaande geeft aan dat die handvatten nog steeds ontbreken en voor zover ze er al zijn, dikwijls geen eenduidig beeld geven, zodat het directieve karakter van de uit Van Hese/De Schelde voortvloeiende gezichtspunten beperkt kan worden genoemd. Daaraan is bovendien debet dat in de lagere rechtspraak vaak niet goed wordt gemotiveerd hoe de rechter de in de beoordeling betrokken gezichtspunten tegen elkaar heeft afgewogen.

Alles bij elkaar genomen kan niet worden gezegd dat de wijze waarop in de lagere rechtspraak invulling wordt gegeven aan de gezichtspunten-catalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde, bijdraagt aan duidelijkheid ten aanzien van de relevante factoren en voorspelbaarheid voor wat betreft de uitkomst van de procedure. Deze functies van gezichtspuntencatalogi worden in zogenoemde mesotheliumzaken dan ook niet vervuld.

---

<sup>470</sup> Smeehuijzen 2006, p. 62 en Smeehuijzen 2008, p. 257.

<sup>471</sup> Zie paragraaf 5.3.1.

<sup>472</sup> Waarover Bloembergen in zijn noot onder het arrest Van Hese/De Schelde, alsmede Van Boom 2000, p. 67 en 68, Hartlief 2001, p. 65, Faure & Hartlief 2002, p. 44 en Smeehuijzen 2005, p. 49.

<sup>473</sup> Van Boom 2000, p. 68.



## 6 Toepassing in de lagere rechtspraak II: Schrijver/Van Essen

### 6.1 Inleiding

Nadat in het vorige hoofdstuk de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde is geanalyseerd aan de hand van de lagere rechtspraak, zal in dit hoofdstuk de lijst met relevante factoren die de Hoge Raad formuleerde in het arrest Schrijver/Van Essen<sup>1</sup> aan de orde komen. In dit arrest, dat reeds in paragraaf 3.2.3.7 is aangestipt, ging het om de vraag of sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet.<sup>2</sup> Dit arrest is, naast de relevantie voor de arbeidsrechtspraktijk, vooral interessant omdat het, anders dan het arrest Van Hese/De Schelde, niet een volledig, maar gedeeltelijk imperatief karakter kent. Dat wil zeggen dat de rechter niet gehouden is om alle in de catalogus genoemde feiten en omstandigheden in de beoordeling te betrekken.

Net als in hoofdstuk 5 zal eerst de zaak/het arrest Schrijver/Van Essen worden besproken, waarna zal worden ingegaan op de latere rechtspraak van de Hoge Raad waarin op deze catalogus of onderdelen daarvan werd teruggegrepen. Vervolgens zal de overstap naar de lagere rechtspraak worden gemaakt, eerst in algemene zin en vervolgens per gezichtspunt. Daarbij zullen niet alleen de door de Hoge Raad met zoveel woorden genoemde gezichtspunten aan bod komen, maar ook zal aandacht worden besteed aan andere omstandigheden die in de rechtspraak zijn betrokken bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> HR 12 februari 1999, JAR 1999/102.

<sup>2</sup> Ik zal uitsluitend ingaan op de gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad in dit verband formuleerde. Voor andere gezichtspuntenrechtspraak bij ontslag op staande voet verwijs ik naar paragraaf 3.2.3.6. Voor een verdere bespreking van het ontslag op staande voet en de daarvoor geldende voorwaarden verwijs ik onder andere naar Kuip 1993, Beltzer 2004, Van Drongelen 2007, p. 191 e.v., Dop & Van den Heuvel 2008, p. 103 e.v., Loonstra & Zondag 2010, p. 425 e.v., Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 160 e.v., Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 391 e.v., Disselkoen & Jakimowicz 2011, p. 1075 e.v., alsmede Sagel 2013.

<sup>3</sup> Ik heb hierbij het oog op de zogenoemde objectieve dringende reden. Bij een (geldig) ontslag op staande voet moet ook sprake zijn van een subjectieve dringende reden, hetgeen inhoudt dat de partij die de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang beëindigt de reden zelf ook als dringend moet ervaren. Dit wordt ook wel de 'dringendheid van de dringende reden' genoemd. Vgl. bijvoorbeeld Van Drongelen 2007, p. 192. Zie over de subjectiviteit van de dringende reden ook Asser/Heerma van Voss 7-V\* 2008, nr. 376 en Loonstra & Zondag 2010, p. 433 e.v. Indien geen sprake is van een subjectieve dringende reden kan het ontslag op staande voet geen standhouden, zo blijkt bijvoorbeeld uit het vonnis van de Kantonrechter Arnhem van 30 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7284. In deze zaak werd vastgesteld dat de werkgever de werknemer had aangeboden zijn werkzaamheden als uitzendkracht voort te zetten en ook had de werkgever hem aangeboden dat hij de bedrijfsbus nog enige tijd mocht blijven

## 6.2 De zaak/het arrest Schrijver/Van Essen

De casus die tot dit arrest van de Hoge Raad leidde speelde zich af in een bedrijf dat gespecialiseerd is in orthopedische schoentechniek (Schrijver). Van Essen was in juni 1979 bij Schrijver in dienst getreden. Laatstelijk was hij werkzaam als afdelingschef. Op 30 augustus 1994 kreeg Van Essen woorden met de dochter van de directeur van het bedrijf. Deze dochter sprak de werknemer aan op overschrijding van zijn koffiepauze. Hierop heeft Van Essen de dochter uitgescholden, waarop zij reageerde door thee in het gezicht van de werknemer te gooien. Vervolgens heeft Van Essen de dochter in de houdgreep genomen en buiten de deur gezet. De echtgenote van de directeur kwam vervolgens verhaal bij de werknemer halen. Hierbij had zij een hamer in de hand genomen. Nadat zij deze hamer weer weglegde, heeft Van Essen de hamer opgepakt en de echtgenote van de directeur met de steel van de hamer op haar arm geslagen, als gevolg waarvan zij letsel heeft opgelopen.

Schrijver heeft Van Essen op staande voet ontslagen en bovendien heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst, voor zover deze nog bestond, ontbonden. In de procedure die aanleiding gaf tot het arrest van de Hoge Raad heeft Van Essen zich niet beroepen op het ontbreken van een voorafgaande ontslagvergunning voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst,<sup>4</sup> maar heeft hij zich op het standpunt gesteld dat het hem verleende ontslag onregelmatig en kennelijk onredelijk is.

De kantonrechter oordeelde in deze kwestie dat de slag met de hamer op zichzelf een dringende reden voor ontslag op kan leveren, maar dat gelet op het langdurige dienstverband, de technische vaardigheden en de inzet van Van Essen en hetgeen zich vóór het gegeven ontslag heeft afgespeeld, toch onvoldoende grond bestond voor het gegeven ontslag op staande voet.<sup>5</sup>

De rechtbank kwam, in hoger beroep, tot een ander oordeel. Zij oordeelde dat, hoezeer de reactie van de dochter onjuist was en het haar in de

---

gebruiken. De kantonrechter oordeelde dat een en ander niet te rijmen is met het ernstige verwijt dat de werkgever de werknemer maakt, namelijk diefstal van bedrijfseigendom. Daarbij komt dat de werkgever geen aangifte van diefstal tegen de werknemer heeft gedaan. Dit betekent, aldus de kantonrechter, dat er (in dit kort geding) van dient te worden uitgegaan dat niet voldaan is aan de eis van subjectieve dringendheid van de aangevoerde reden. Gelet hierop achtte de kantonrechter het niet aannemelijk dat het ontslag op staande voet in een bodemprocedure stand zou houden.

<sup>4</sup> Hetgeen de opzegging op grond van art. 9 BBA vernietigbaar maakt.

<sup>5</sup> In deze procedure was ook de vraag aan de orde of een terecht gegeven ontslag op staande voet (tevens) kennelijk onredelijk kan zijn. Dit aspect, dat voor de uitwerking van de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogus niet van belang is, laat ik verder rusten. Ik verwijs daarvoor naar onder andere Sagel 1999, p. 10 e.v. Zeer kritisch op dit punt is Van den Heuvel 2001, p. 81 e.v. Zie daarover nader voetnoot 356.



houdgreep buiten de deur zetten buiten proportie was, de mishandeling van de echtgenote van de directeur het ernstigst was. De rechtbank vervolgde dat, ook indien rekening wordt gehouden met het feit dat Van Essen zich uitgedaagd voelde, deze mishandeling een dringende reden voor ontslag oplevert en dat van Schrijver niet kon worden gevergd Van Essen nog langer in dienst te houden.

Het tegen het oordeel van de rechtbank gerichte (incidentele) cassatiemiddel strekte, zo kan uit de conclusie van A-G Spier worden afgeleid, ten betoge dat de rechtbank bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden ten onrechte geen acht heeft geslagen op (1) de substantiële bijdrage van Schrijver aan de escalatie voorafgaande aan de mishandeling van diens vrouw, (2) het langdurig dienstverband, (3) de leeftijd van Van Essen, (4) de verwachting dat Van Essen moeilijk een baan met een vergelijkbaar inkomen zou kunnen krijgen en (5) de inzet en vakbekwaamheid van Van Essen. De A-G overwoog ten aanzien van dit middel dat het terecht betoogt dat de rechtbank in het kader van de beoordeling van de dringende reden nauwelijks ingaat op de genoemde omstandigheden. Weliswaar heeft de rechtbank de bijdrage van Schrijver aan de escalatie expliciet meegewogen – zodat het middel in zoverre feitelijke grondslag mist –, maar voor het overige heeft de rechtbank ermee volstaan te beklemtonen dat de gedragingen van Van Essen in haar ogen hoogst ernstig zijn. Daarbij heeft de rechtbank in het bijzonder gewezen op het buitenproportionele (in een houdgreep) buiten de deur zetten van de dochter van Schrijver, de mishandeling van mevrouw Schrijver en de ernst van het letsel, dat door Van Essen is gebagatelliseerd. Het bestreden vonnis moet, aldus de A-G, klaarblijkelijk aldus worden begrepen dat de door de rechtbank genoemde omstandigheden zo ernstig zijn dat deze zonder meer een dringende reden opleveren. Aldus verstaan is de beslissing van de rechtbank naar het oordeel van de A-G niet onbegrijpelijk en ook geeft het geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>6</sup>

Voor zover in het kader van de gezichtspuntenrechtspraak van belang, overwoog de Hoge Raad dat een dringende reden voor de werkgever ingevolge art. 1639p BW (thans: art. 7:678 BW) bestaat in ‘daden, eigenschappen of gedragingen’ van de werknemer die ten gevolge hebben dat ‘van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren’. De Hoge Raad vervolgde:

---

<sup>6</sup> De A-G heeft zijn oordeel uitgewerkt aan de hand van verschillende arresten van de Hoge Raad. Zie daarvoor onderdeel 4.4 van de conclusie.

‘Bij de beoordeling van de vraag of van zodanige dringende reden sprake is, moeten de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking worden genomen. Daarbij behoren in de eerste plaats in de beschouwing te worden betrokken de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, en verder onder meer de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld, alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben. Ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, kan een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch gerechtvaardigd is.

De vraag of de gevolgen van de beëindiging van de dienstbetrekking voor de werknemer te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de beëindiging, behoort derhalve te worden beantwoord in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden.’<sup>7</sup>

Naar aanleiding van het hierboven genoemde cassatiemiddel overwoog de Hoge Raad dat de rechtbank bij haar beoordeling van de vraag of sprake was van een dringende reden de persoonlijke omstandigheden van de werknemer had moeten afwegen tegen de aard en de ernst van de dringende reden. De rechtbank had echter nagelaten er blijk van te geven dat zij een dergelijke afweging heeft verricht. De Hoge Raad was van oordeel dat de rechtbank hierdoor blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel haar oordeel dat sprake is van een dringende reden onvoldoende heeft gemotiveerd, zodat het middel doel trof. De Hoge Raad vernietigde – anders dan A-G Spier had geconcludeerd – het vonnis van de rechtbank en verwees het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof Amsterdam.<sup>8</sup>

### **6.2.1 Latere rechtspraak van de Hoge Raad**

De in het arrest Schrijver/Van Essen genoemde gezichtspunten keren terug in latere rechtspraak van de Hoge Raad. Dat was reeds bijna een jaar later, in het arrest van 21 januari 2000.<sup>9</sup> Opvallend is wel dat niet de gehele gezichtspunten-catalogus in dit arrest terugkeert. In r.o. 3.9.1 heeft de Hoge Raad het juridisch

---

<sup>7</sup> Dat de vraag of sprake is van een dringende reden moet worden beantwoord aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval, is niet nieuw, nu dit reeds uit oudere rechtspraak voortvloeide. Zie hierover Sagel & Verhulp 2005, p. 85.

<sup>8</sup> Zie over deze zaak verder onder andere Peeters 1999, p. 135 e.v., Riphagen 1999, p. 941 e.v., Sagel 1999, p. 10 e.v. en Van den Heuvel 2001, p. 81 e.v.

<sup>9</sup> JAR 2000/45 (P./Hema).

kader, waarbinnen de zaak moet worden beoordeeld, uiteengezet. De Hoge Raad stelde daarbij voorop dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, de omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang, in aanmerking moeten worden genomen.<sup>10</sup> Hierna zijn niet de eerste vier door de Hoge Raad in Schrijver/Van Essen genoemde gezichtspunten vermeld. Na de ‘alle omstandigheden van het geval’-formule<sup>11</sup> overwoog de Hoge Raad namelijk dat ook de persoonlijke omstandig-

---

<sup>10</sup> Dit uitgangspunt lezen we ook terug in HR 11 mei 2001, JAR 2001/111, HR 20 juni 2003, JAR 2003/179, HR 14 september 2007, JAR 2007/250, m.nt. Verhulp onder NJ 2008, 334, de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor HR 13 juni 2008, JAR 2008/186 en HR 17 december 2010, JAR 2011/19. Dit uitgangspunt betekent dat iedere zaak op zijn eigen merites dient te worden beoordeeld, aangezien iedere zaak zijn eigen feitencomplex kent. Zie hierover de noot van Filippo onder Ktr. Leiden 28 mei 2008, JIN 2008/771.

<sup>11</sup> Die wij in het kader van het ontslag op staande voet ook tegenkomen bij de beantwoording van de vraag of het ontslag onverwijld is gegeven, zo volgt uit HR 15 februari 1980, NJ 1980, 329, m.nt. PAS. De Hoge Raad formuleerde in dit verband ook een gezichtspuntencatalogus. De Hoge Raad overwoog namelijk dat de van de werkgever te vergen voortvarendheid afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waarbij onder meer valt te denken aan de aard en omvang van eventueel onderzoek, de behoedzaamheid die bij het instellen van zo’n onderzoek geboden kan zijn om geen onrust in het bedrijf te veroorzaken, de eventuele noodzaak tot het inwinnen van rechtskundig advies en tot het verzamelen van bewijsmateriaal, en de door de werkgever in acht te nemen zorg om te vermijden dat, bij ongegrondbevinding van het vermoeden, de werknemer in zijn gerechtvaardigde belangen zou worden geschaad. Overigens kent de ontslag op staande voet-rechtspraak van de Hoge Raad niet alleen gezichtspuntencatalogi, ook de verdergaande categorieën van vuistregels en harde subregels vinden we terug. Zie over deze begrippen paragraaf 2.2.2. De jurisprudentie van de Hoge Raad biedt verschillende voorbeelden van harde subregels die aangeven in welke gevallen *geen* sprake is van een dringende reden. Dat is bijvoorbeeld het geval in HR 6 april 1979, NJ 1979, 492, HR 20 september 1991, NJ 1991, 768, HR 14 december 2001, JAR 2002/17 en HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259, m.nt. Loonstra onder JIN 2004/52 en noot Heerma van Voss onder NJ 2007, 480. Zie ook de conclusie voor HR 27 juni 2003, JAR 2003/180, waarin A-G Huydekoper het aannemen van een harde subregel van de hand wees. Vgl. voorts de conclusie van het OM voor HR 16 april 2010, JAR 2010/125. In het arrest van 17 december 2010, JAR 2011/19, m.nt. Koevoets en met noot Verhulp onder NJ 2011, 351, wees de Hoge Raad een ‘algemene subregel’ van de hand. Voor zover mij bekend zijn er geen arresten waarin is geoordeeld dat een bepaalde gedraging van de werknemer *wel* steeds als een dringende reden kwalificeert. Dat zou overigens ook moeilijk te rijmen zijn met de (vaste) rechtspraak van de Hoge Raad dat de vraag of sprake is van een dringende reden beoordeeld dient te worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Het ligt dan meer voor de hand een vuistregel te formuleren. Die geeft een hoofdregel, waarop aan de hand van de omstandigheden van het geval altijd nog een uitzondering mogelijk is. De rechtspraak van de Hoge Raad biedt verschillende voorbeelden van uitspraken waarin is geoordeeld dat een bepaalde gedraging van de werknemer in beginsel *geen* dringende reden oplevert, maar dat daarvoor bijkomende omstandigheden nodig zijn. Zie bijvoorbeeld HR 21 februari 1969,

heden van de werknemer, zoals zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben, in de beschouwing behoren te worden betrokken. Daaraan werd toegevoegd dat, ook indien de gevolgen ingrijpend zijn, een afweging van deze persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom kan leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gerechtvaardigd is.<sup>12</sup> De Hoge Raad verwees vervolgens naar de vindplaats van het arrest Schrijver/Van Essen.

In het arrest van 22 februari 2002<sup>13</sup> zien we de volledige gezichtspuntencatalogus uit Schrijver/Van Essen wel weer terugkeren. Opmerkelijk daarbij is wel dat de Hoge Raad niet naar dit arrest heeft verwezen, maar naar het hierboven genoemde arrest van 21 januari 2000, terwijl in dat arrest als gezichtspunten uitsluitend de persoonlijke omstandigheden van de werknemer waren genoemd.

Een andere interessante gezichtspuntenuitspraak betreft het arrest van 17 december 2010<sup>14</sup>, dat ging over de vraag of een bankmedewerker op staande voet kon worden ontslagen omdat hij wegens seksueel misbruik van zijn stiefzoontje tot een gevangenisstraf was veroordeeld en daardoor nog geruime tijd op het werk zou verzuimen.<sup>15</sup> Nadat de Hoge Raad, onder verwijzing naar het arrest Schrijver/Van Essen, voorop had gesteld dat acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, oordeelde hij dat er, anders dan door de werkgever was verdedigd, geen grond bestaat voor een ‘algemene subregel’ dat werkverzuim als gevolg van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, een dringende reden vormt die ontslag op staande voet rechtvaardigt. Daaraan voegde de Hoge Raad toe dat dat ook geldt wanneer het werkverzuim het gevolg is van een

---

NJ 1969, 261, HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 188 en HR 14 december 2001, JAR 2002/17. Ook vuistregels waaruit volgt dat bepaald gedrag in beginsel juist *wel* een dringende reden oplevert komen voor. Dat is bijvoorbeeld het geval in HR 20 juni 2003, NJ 2003, 179 en in gelijke zin de conclusie van het OM voor HR 19 november 2004, JAR 2005/49. Voor andere voorbeelden van vuistregels verwijs ik naar Duk 1982, p. 513 e.v. Zie over deze materie ook Quist 2011, p. 100 en 101 en Jacobs 2000, p. 151. Zie ook Jacobs 2001, p. 39, alsmede Sagel & Verhulp 2005, p. 98 e.v.

<sup>12</sup> Zie voor een identieke overweging als in het arrest van 21 januari 2000 het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 2003, JAR 2003/179. Zie ook HR 20 april 2012, JAR 2012/135, m.nt. Van der Voet.

<sup>13</sup> JAR 2002/81, m.nt. Heerma van Voss onder NJ 2003, 174.

<sup>14</sup> JAR 2011/19, m.nt. Koevoets en m.nt. Verhulp onder NJ 2011, 351. Zie over dit arrest verder ook Frikkee 2011, p. 25 e.v., Quist 2011, p. 99 e.v., alsmede Sagel 2011, p. 5 e.v.

<sup>15</sup> Zie over dit arrest ook paragraaf 3.2.3.7.

veroordeling wegens een ernstig delict waardoor de werknemer nog geruime tijd gedetineerd blijft.

Een vuistregel werd door de Hoge Raad dus van de hand gewezen. Het gaat steeds om een beoordeling aan de hand van alle omstandigheden van het geval, in welk verband de Hoge Raad overwoog dat het hof terecht niet alleen gewicht heeft toegekend aan de duur van het dienstverband en de leeftijd van de werknemer (in relatie tot zijn kansen op de arbeidsmarkt),<sup>16</sup> maar ook aan de omstandigheden dat het strafbare feit waarvoor hij is veroordeeld in geen enkel verband stond tot de werkzaamheden die hij voor de bank verrichtte, zich geheel in de privésfeer heeft voltrokken en op zijn functioneren als werknemer geen negatieve invloed heeft gehad, dat de werknemer steeds voortreffelijk had gefunctioneerd en dat de bank geen directe schade heeft geleden als gevolg van de langdurige detentie.<sup>17</sup> Anders dan het middel aanvoerde, was het hof, aldus de Hoge Raad, niet (ongemotiveerd) voorbij gegaan aan de stellingen van de bank over de ernst van het delict, de bij terugkeer van de werknemer te verwachten onrust op de werkvloer en het geschonden vertrouwen in de werknemer. Met dit arrest wordt voor specifieke zaken als de onderhavige, zo zou men kunnen zeggen, een uitbreiding gegeven op de catalogus van gezichtspunten uit Schrijver/Van Essen.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad vloeit voort dat niet vereist is dat de werknemer van zijn gedragingen, die aan het ontslag op staande voet ten grondslag zijn gelegd, een verwijt kan worden gemaakt, zodat, zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 29 september 2000,<sup>18</sup> uitgangspunt behoort te zijn dat ontslag op staande voet in beginsel ook mogelijk is indien de werknemer geen verwijt treft. Het hangt, zo vervolgde de Hoge Raad, af van de aard van de dringende, voor het ontslag op staande voet aangevoerde reden,<sup>19</sup> en zo die aard niet reeds meebrengt dat de eis van verwijtbaarheid moet worden gesteld, van de afweging van de concrete omstandigheden van het geval, of het verweer van de werknemer dat die reden niet toereikend is voor een ontslag op staande voet

---

<sup>16</sup> Deze gezichtspunten zijn te herleiden tot het arrest Schrijver/Van Essen.

<sup>17</sup> Zie voor andere mogelijk relevante factoren ook Koevoets 2006, p. 156-158.

<sup>18</sup> JAR 2000/223 (Van D./Nutricia).

<sup>19</sup> Zie voor een voorbeeld HR 26 januari 2001, JAR 2001/40. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat het cassatiemiddel terecht aanvoert dat onbegrijpelijk is, hoe het door de rechtbank aangenomen verzuim om taxigelden aan de werkgever af te dragen, de door de werkgever aan het ontslag ten grondslag gelegde verduistering kan opleveren, nu voor verduistering opzet vereist is en de rechtbank niet heeft vastgesteld dat daarvan sprake is.

omdat die gedraging hem niet valt te verwijten, doel kan treffen.<sup>20</sup> Dat betekent dat het vereiste van verwijtbaarheid niet in alle gevallen wordt gesteld, maar uitsluitend indien aan nadere, hiervoor genoemde, voorwaarden is voldaan. De mate van verwijtbaarheid kan daarmee als een voorwaardelijk gezichtspunt worden aangemerkt.<sup>21</sup>

Voor wat betreft de gezichtspuntenrechtspraak bij ontslag op staande voet is de conclusie van A-G Huydekoper voor het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2012<sup>22</sup> zeer lezenswaardig. De A-G begon zijn juridische beschouwing met de mededeling dat de vraag of sprake is van een dringende reden die ontslag van een werknemer op staande voet rechtvaardigt, naar zich sterk opdringt, moet worden beantwoord door alle relevante omstandigheden van het geval te wegen en vervolgens de einduitkomst van de totale weging te bepalen. Weging c.q. waardering van de – voor het overgrote deel: feitelijke – omstandigheden is hierbij dus doorslaggevend. Het gaat, zo vervolgde de A-G, wat de beoordeling in cassatie betreft om een gemengd oordeel,<sup>23</sup> waarin de feitelijke wegings-component een zeer belangrijke plaats inneemt. Dat brengt met zich dat de ruimte voor herbeoordeling in cassatie, van wat de feitenrechter aan de hand van zo'n weging heeft beslist, beperkt is. Huydekoper wees erop dat in cassatie wel de motivering die aan een dergelijke beslissing ten grondslag wordt gelegd, kan worden getoetst, waarbij, zeker wanneer het gaat om een uitspraak waarin het ontslag op staande voet gerechtvaardigd wordt geacht, een verhoudings-gewijs strenge norm wordt aangelegd.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> De Hoge Raad verwees in zijn arrest naar HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549. Zie ook de conclusie van A-G Strikwerda voor HR 19 november 2004, JAR 2005/49. In zijn conclusie voor HR 24 maart 2006, JAR 2006/99, schreef A-G Huydekoper dat – ofschoon het cassatiemiddel er met recht op wees dat een dringende reden voor ontslag op staande voet ook kan bestaan zonder dat die aan de werknemer te verwijten is – bij de beoordeling van de geldigheid en de ernst van een ontslagreden de mate van verwijtbaarheid toch in veel gevallen gewicht in de schaal legt, en ook doorslaggevend gewicht in de schaal kan leggen.

<sup>21</sup> Zie hierover paragraaf 2.4.5.3.

<sup>22</sup> JAR 2012/135, m.nt. Van der Voet en noot van Houweling en Schneider onder JIN 2012/94. Deze auteurs hebben erop gewezen dat interessant is dat op grond van dezelfde belangenafweging de Hoge Raad concludeerde tot het bestaan van een dringende reden, terwijl de A-G tot precies de tegenovergestelde conclusie kwam. Vgl. ook Buijs 2000, p. 373. Buijs schreef dat het geven van ontslag op staande voet vaak een risicovolle zaak is. Het blijft steeds een kwestie van beoordelen van feiten, waarbij geldt dat verschillende rechters een heel verschillende kijk op die feiten kunnen hebben.

<sup>23</sup> Waarover paragraaf 4.6.2.

<sup>24</sup> Met verwijzing naar paragraaf 29.1 uit Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011 en Asser/Heerma van Voss 7 V\*, 2008, nr. 379.

De A-G heeft ook enkele uitlatingen gedaan over het gewicht van diverse gezichtspunten. Zo schreef hij dat het voor de hand ligt dat van de door de rechter in ogenschouw te nemen factoren de functie van de werknemer en de aard en ernst van de ontslagreden een belangrijke plaats innemen, evenals de omstandigheden die vaak ‘voor de werknemer pleiten’, zoals de duur van het dienstverband, de mate waarin de werknemer gedurende het dienstverband goed heeft gefunctioneerd, de ernst van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer, mede gezien diens leeftijd, sociale omstandigheden en kansen op de arbeidsmarkt. De A-G noemt dus eigenlijk alle gezichtspunten uit het arrest Schrijver/Van Essen. Uit de beschouwing van Huydekoper kan wellicht worden afgeleid dat de door de Hoge Raad uitdrukkelijk genoemde factoren in verhouding tot eventuele overige gezichtspunten zwaarder hebben te wegen, over hun onderlinge gewicht zegt het weinig. Verderop in zijn conclusie is Huydekoper wel nader ingegaan op het onderlinge gewicht van het eerste en het laatste in Schrijver/Van Essen genoemde gezichtspunt. Hij overwoog dat naarmate men de ernst van de aan de werknemer verweten gedraging als voor aanmerkelijke relativisering apprecieert, het gewicht van de sociale problematiek (de persoonlijke omstandigheden) van de werknemer in het te wegen geheel (relatief) toeneemt. Omgekeerd zou men dan kunnen zeggen dat, hoe ernstiger de ontslaggrond is, des te minder gewicht zal toekomen aan de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waardoor het ontslag op staande voet eerder stand zal houden, hetgeen uiteraard ook afhankelijk is van de weging van de verder relevante factoren.

De A-G heeft voorts aandacht geschonken aan een ander, niet in Schrijver/Van Essen genoemd gezichtspunt, te weten de vraag of de arbeidsverhouding via een andere (minder vergaande) weg dan het ontslag op staande voet kan worden beëindigd.<sup>25</sup> Huydekoper schreef in dit verband dat het in de rede ligt dat vooral de verhouding tussen de ernst van de ontslagreden enerzijds en de ernst van de gevolgen voor de werknemer anderzijds, er toe kan bijdragen dat de werkgever moet overwegen om, ofschoon beëindiging van de arbeidsverhouding wel aangewezen is, te kiezen voor een minder ingrijpende en voor de werknemer minder nadelige variant van beëindiging.

Ook op procesrechtelijk vlak is de ontslag op staande voet-rechtspraak van de Hoge Raad interessant. Anders dan bij het arrest Van Hese/De Schelde het geval was, geeft de Hoge Raad bij dit onderwerp wel enkele vingerwijzingen hoe in procesrechtelijk opzicht met de gezichtspunten uit het arrest Schrijver/Van

---

<sup>25</sup> Dit aspect is ook één van de in paragraaf 6.3.7 te bespreken overige gezichtspunten.

Essen moet worden omgegaan. Dat is in de eerste plaats het geval in het arrest van 21 januari 2000.<sup>26</sup> De rechtbank had in deze procedure enkele naar voren gebrachte omstandigheden (voornamelijk met betrekking tot de gevolgen van het ontslag op staande voet) niet in haar beoordeling van de zaak betrokken. Dat kon bij de Hoge Raad niet door de beugel. De Hoge Raad overwoog dat de rechtbank de bedoelde omstandigheden had moeten betrekken bij haar beoordeling van de vraag of sprake was van een dringende reden. De rechtbank heeft, aldus de Hoge Raad, nagelaten er blijk van te geven dat zij die factoren heeft betrokken in haar beoordeling. Hierdoor heeft de rechtbank blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel haar oordeel dat sprake is van een dringende reden onvoldoende gemotiveerd. De Hoge Raad oordeelde in dezelfde zin in zijn arrest van 22 februari 2002.<sup>27</sup>

Voor wat de motivering betreft is ook de conclusie van A-G Langemeijer voor het arrest van 14 september 2007<sup>28</sup> van belang. Het cassatiemiddel in die zaak klaagde erover dat niet alle, door de werknemer aangevoerde, relevante omstandigheden in de beoordeling waren betrokken. Aldus de A-G mistte deze klacht feitelijke grondslag, omdat het hof had overwogen dat de overige door de werknemer aangevoerde omstandigheden niet zodanig zijn, dat de werkgever in redelijkheid niet kon komen tot het volgen van zijn antidrugsbeleid. Langemeijer overwoog dat het hof de gestelde omstandigheden dus wel heeft meegewogen, maar te licht heeft bevonden.

Het middel klaagde voorts dat het hof de door de werknemer aangevoerde omstandigheden op één hoop heeft geveegd en heeft verzuimd aan elk van deze factoren afzonderlijk aandacht te besteden. Naar aanleiding van deze klacht overwoog de A-G dat het hof verschillende van die bedoelde omstandigheden uitdrukkelijk in zijn beoordeling had betrokken. Zo had het hof de duur van het dienstverband genoemd, terwijl de gevolgen van het ontslag voor de werknemer als alleenstaande moeder met twee kinderen evident waren. De A-G besprak verder nog enkele andere omstandigheden en kwam uiteindelijk tot het oordeel dat het hof, toen het het beroep van de werknemer op de 'overige' aangevoerde omstandigheden verwierp, ook het oog had op deze bezwaren.<sup>29</sup> De conclusie van de A-G strekte dan ook tot verwerping van het

---

<sup>26</sup> JAR 2000/45.

<sup>27</sup> JAR 2002/81, m.nt. Heerma van Voss onder NJ 2003, 174.

<sup>28</sup> JAR 2007/250, m.nt. Verhulp onder NJ 2008, 334. Zie over dit arrest ook Roozendaal 2008, p. 43 e.v.

<sup>29</sup> Zie ook de conclusie van A-G Timmerman voor HR 2 april 2011, JAR 2011/138. In deze zaak had het hof geoordeeld dat de 'overige omstandigheden' te licht zijn om tot het oordeel te komen dat het ontslag op staande voet wel rechtsgeldig is. De A-G overwoog, in het kader van de motivering van het oordeel van het hof, dat nu het hof de motivering



beroep, waarin de Hoge Raad hem volgde. De vraag rijst overigens wel of het gegeven dat de bedoelde omstandigheden door het hof in zijn arrest waren genoemd voldoende is, gelet op het feit dat aan rechterlijke motiveringen de eis wordt gesteld dat zij voldoende inzicht moeten geven in de gedachtegang van de rechter.<sup>30</sup>

A-G Huydekoper is in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2012<sup>31</sup> nader op deze materie ingegaan. Naar het oordeel van de A-G blijkt uit het oordeel van het hof onvoldoende dat en hoe het zich rekenschap heeft gegeven van de door de werknemer aangevoerde gegevens. Het hof had die omstandigheden wel expliciet in zijn afweging betrokken, maar het heeft daarbij niet blijk gegeven van de beoordeling van de invloed die de verschillende factoren hebben in het geheel van de af te wegen omstandigheden. Verderop in zijn conclusie overwoog de A-G dat, naarmate de van de rechter gevraagde afweging ‘heikeler’ is (bijvoorbeeld omdat de ernst van de gedragingen van de werknemer voor relativering vatbaar zijn), er meer nadruk komt te liggen op de motivering waarin de door de rechter gemaakte afweging verantwoord wordt.<sup>32</sup>

Uit het arrest van 27 april 2001<sup>33</sup> volgt dat partijen wel een beroep op de relevante factoren moeten doen, wil de rechter deze in zijn beoordeling kunnen betrekken. In ieder geval is de rechter, zo is in het arrest geoordeeld, niet gehouden om ambtshalve te onderzoeken of met betrekking tot de werknemer omstandigheden bestonden die tot het oordeel zouden moeten leiden dat geen sprake was van een dringende reden.<sup>34</sup>

Ik wijs in dit kader ook op het arrest van de Hoge Raad van 14 maart 2008,<sup>35</sup> welke zaak met toepassing van art. 81 RO is afgedaan. A-G Wuisman overwoog dat de klacht, dat het hof niet of niet voldoende heeft aangegeven hoe het de persoonlijke omstandigheden van de werknemer heeft gewogen, de werknemer niet kan baten. Op dit punt kon het hof ook geen nadere motivering geven, omdat de werknemer zich in zijn processtukken niet over zijn persoonlijke omstandigheden had uitgelaten. De A-G voegde hieraan toe dat dit

---

van de kantonrechter overneemt, het hof kon volstaan met een verwijzing naar die motivering.

<sup>30</sup> Zie daarvoor paragraaf 4.5.

<sup>31</sup> JAR 2012/135, m.nt. Van der Voet.

<sup>32</sup> De A-G concludeerde tot vernietiging van het bestreden arrest, maar werd hierin niet gevolgd door de Hoge Raad, die het cassatieberoep verwierp.

<sup>33</sup> JAR 2001/95, m.nt. Stein onder NJ 2001, 421.

<sup>34</sup> Zie ook Beltzer 2004, p. 16.

<sup>35</sup> JAR 2008/111.

vernietiging van het arrest en verwijzing voor een nadere beoordeling van de zaak zonder zin doet zijn.<sup>36</sup>

Ook in de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor het arrest van 13 juni 2008<sup>37</sup> is ingegaan op de vraag in hoeverre de werknemer een beroep op de hem betreffende persoonlijke omstandigheden moet doen, wil de rechter deze in zijn beoordeling kunnen betrekken. De A-G schreef dat Heerma van Voss uit het hierboven aangestipte arrest van 22 februari 2002<sup>38</sup> heeft afgeleid dat de Hoge Raad het uitgangspunt dat de rechter de persoonlijke omstandigheden niet ambtshalve hoeft te onderzoeken enigszins heeft afgezwakt en dat de rechter kennelijk de relevante gegevens wel uit de processtukken dient te destilleren, ook als de persoonlijke omstandigheden niet zijn genoemd met het expliciete verzoek deze te gebruiken in het kader van de door de rechter te maken afweging.<sup>39</sup> Wesseling-van Gent wees er voorts op dat Luttmer-Kat minder ver gaat, aangezien zij onder verwijzing naar het arrest van 22 februari 2002 heeft gesteld dat de werknemer wel een beroep op zijn persoonlijke omstandigheden moet doen, maar dat de Hoge Raad aan dat beroep geen strenge eisen stelt.<sup>40</sup> Naar het oordeel van de A-G dient de grens te worden getrokken daar waar een procespartij dergelijke feiten en omstandigheden niet aan haar vordering of verweer ten grondslag heeft gelegd. Art. 24 Rv verbiedt de rechter namelijk zijn beslissing te baseren op rechtsgronden die weliswaar zouden kunnen worden afgeleid uit de in het geding gebleken feiten en omstandigheden, maar die door de desbetreffende partij niet aan haar stellingen of verweren ten grondslag zijn gelegd, omdat de wederpartij dan tekort wordt gedaan in haar recht om zich daartegen te verweren. Aldus Wesseling-van Gent dient deze (hoofd)regel ook te gelden in zaken als de onderhavige, al brengt de aard van de procedure mee dat aan genoemde verplichting van de procespartijen geen al te hoge eisen behoren te worden gesteld.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> Ik wijs in dit verband op paragraaf 4.6.3, waar uiteen is gezet dat na verwijzing in beginsel geen nieuwe feitelijke stellingen kunnen worden ingenomen.

<sup>37</sup> JAR 2008/186.

<sup>38</sup> JAR 2002/81.

<sup>39</sup> Volgt verwijzing naar de noot van Heerma van Voss onder NJ 2003, 174.

<sup>40</sup> Volgt verwijzing naar Luttmer-Kat 2004, aant. 12.

<sup>41</sup> Zie ook de conclusie van A-G Spier voor HR 17 oktober 2008, JAR 2008/294. De A-G schreef: 'Nu het hof niets heeft vastgesteld omtrent [eiser]s leeftijd en de passages waarop het middel beroep doet daar niets over zeggen, kan die omstandigheid geen rol spelen. Daarom kan evenmin iets zinnigs worden gezegd over de gevolgen van het ontslag, zeker nu [eiser] op dat punt evenmin iets concreets te berde heeft gebracht.'

Hiervoor is reeds opgemerkt dat het oordeel over de vraag of sprake is van een dringende reden een zogenoemde gemengde beslissing oplevert. Deze beslissing kent een grote feitelijke component. Dat gedeelte kan in cassatie uitsluitend met een motiveringsklacht worden aangevallen,<sup>42</sup> waardoor de ruimte voor de Hoge Raad om tot herbeoordeling over te gaan zeer beperkt is.<sup>43</sup> Niet voor niets lezen we in diverse ontslag op staande voet-zaken terug:

‘... dat de rechtbank<sup>44</sup> geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>45</sup> Het oordeel van de rechtbank is zozeer verweven met waarderings van feitelijke aard, dat het voor het overige in cassatie niet kan worden getoetst. Het is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.’<sup>46</sup>

De waardering en weging van de concrete omstandigheden is dan ook voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt, zo schreef A-G Strikwerda in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 19 november 2004.<sup>47</sup>

### 6.3 De lagere rechtspraak

In de rechtspraak wordt met grote regelmaat geprocedeerd over de vraag of de werkgever, nadat hij zijn werknemer op staande voet heeft ontslagen, daarvoor wel een dringende reden had.<sup>48</sup> Gelet op de grote gevolgen voor de werknemer, zal hij doorgaans ‘gedwongen’ zijn actie te ondernemen om zijn baan en

<sup>42</sup> Zie hiervoor paragraaf 4.6.2.

<sup>43</sup> A-G Huydekoper schreef in dit verband in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2012, JAR 2012/135, m.nt. Van der Voet, dat het verbod van herbeoordeling van feitelijke gegevens (art. 419 lid 3 Rv) voor de cassatierechter meebrengt dat het werk van het hof maar in beperkte mate in cassatie kan worden getoetst. Ik wijs voorts op de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor HR 10 augustus 2012, JAR 2012/244. Zij schreef dat de cassatieklachten voor het merendeel aansturen op een heroverweging door de Hoge Raad van het in feitelijke instanties gevoerde debat. Daarvoor, zo voegde zij toe, is de cassatieprocedure echter niet bedoeld. Zie over de beperkte toetsingsmogelijkheid van de Hoge Raad bij de gemengde beslissing in ontslag op staande voet-zaken ook Duk 2002, p. 5.

<sup>44</sup> Tegenwoordig zal dit, gelet op art. 60 RO, het gerechtshof zijn.

<sup>45</sup> Dat wil dus zeggen dat de rechtbank de juiste, uit Schrijver/Van Essen voortvloeiende, maatstaf heeft toegepast.

<sup>46</sup> Vgl. HR 11 mei 2001, JAR 2001/111.

<sup>47</sup> JAR 2005/49. Zie voorts de conclusie voor HR 24 december 2004, JAR 2005/50, alsmede de conclusie voor HR 14 maart 2008, JAR 2008/111.

<sup>48</sup> Ontslag op staande voet geeft sinds jaar en dag aanleiding tot bijzonder veel, in hoofdzaak lagere rechtspraak, aldus Duk 2004b, p. 498.

daardoor zijn inkomen te behouden. Dat betekent dat de werknemer ex art. 9 BBA de nietigheid van de opzegging zal inroepen en zich bereid zal verklaren de bedongen arbeid te verrichten. Wanneer de werkgever niet toegeeft, zal in de regel loon(door)betaling en wedertewerkstelling worden gevorderd, al dan niet in kort geding. Met grote regelmaat worden vonnissen en arresten, waar dergelijke zaken toe leiden, gepubliceerd.

De rechtspraak tot 2007 heb ik reeds eerder onder de loep genomen.<sup>49</sup> De daarna verschenen rechtspraak is nu onderwerp van onderzoek.<sup>50</sup> In dit kader zijn 331 uitspraken tegen het licht gehouden, waarbij steeds voorop stond te onderzoeken hoe in de lagere rechtspraak wordt omgegaan met de diverse relevante gezichtspunten, zowel die uitdrukkelijk door de Hoge Raad zijn aangereikt, als die niet door de Hoge Raad zijn genoemd. Teneinde in het onderstaande niet steeds te hoeven verwijzen naar de uitspraken van de verschillende instanties, met datum en vindplaats, zal in onderstaand schema worden aangegeven om welke uitspraken het gaat. De verwijzingen in het

---

<sup>49</sup> Quist 2007a, p. 4 e.v.

<sup>50</sup> Het gaat hierbij om tussen 1 januari 2007 en 31 juli 2012 gewezen uitspraken, waarin de vraag aan de orde was of sprake was van een objectieve dringende reden voor ontslag op staande voet. De ontbindingszaken waarin (eveneens) een beroep op een dringende reden werd gedaan, heb ik buiten beschouwing gelaten. Datzelfde geldt voor zaken waarin de werknemer ontslag op staande voet had genomen. Dat komt in de praktijk ook niet erg veel voor. Zie voor enkele voorbeelden: Ktr. Wageningen 28 januari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH4722, Hof Den Haag 17 februari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH5568, Rb. Rotterdam 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN8627, Hof Amsterdam 14 juni 2011, JAR 2011/221 (m.nt. I.J. de Laat; deze uitspraak heeft geleid tot HR 26 oktober 2012, JAR 2012/313), Ktr. Zwolle 18 oktober 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU1934 en Hof Leeuwarden 10 januari 2012, Prg. 2012/61. Uitsluitend de zaken waarin een inhoudelijke beoordeling is gemaakt van de vraag of sprake was van een dringende reden zijn in het onderzoek betrokken. Dat betekent dat zaken waarin de rechter daar niet aan toegekomen is, bijvoorbeeld omdat geen sprake was van een onverwijlde opzegging (vgl. onder meer Hof Den Haag 1 september 2009, JIN 2009/775, Hof Den Bosch 20 juli 2010, JAR 2011/188, Hof Den Haag 7 september 2010, NJF 2010, 414 en Ktr. Haarlem 27 juli 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR4507), buiten beschouwing zijn gelaten. De wel onderzochte uitspraken betreffen zowel voorlopige voorzieningen als bodemprocedures. De onderzochte uitspraken zijn ontleend aan de JAR, JIN, Prg., RAR, NJF en rechtspraak.nl (ECLI). Daarbij is steeds gezocht op de zoektermen 'dringende reden' en 'ontslag op staande voet'. Gebleken is dat sprake is van een behoorlijke overlap tussen de verschillende bronnen. Waar dezelfde uitspraken op verschillende plaatsen zijn gepubliceerd, is steeds voornoemde volgorde van bronnen aangehouden voor de vermelding van de vindplaats. In het onderzoek is tevens rechtspraak uit andere delen van het Koninkrijk betrokken, nu de Hoge Raad voor het gehele Koninkrijk als cassatierechter fungeert. (Dekker 2012, p. 368, met verwijzing naar Kamerstukken II 2008-2009, 32 017 (R 1884), nr. 3, p. 1-2). Het arrest Schrijver/Van Essen is dus ook voor de rechtspraak aldaar van belang.

onderstaande (voornamelijk in de voetnoten) corresponderen met de nummering uit het schema.

Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
1	Hof Den Bosch	16 januari 2007	JAR 2007/158
2	Hof Leeuwarden	24 januari 2007	JAR 2007/142 <sup>51</sup>
3	Hof Den Haag	26 januari 2007	ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ8901
4	Hof Den Haag	26 januari 2007	ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ8893
5	Ktr. Amsterdam	30 januari 2007	JAR 2007/55 <sup>52</sup>
6	Ktr. Zwolle	30 januari 2007	JAR 2007/62 <sup>53</sup>
7	Ktr. Den Bosch	8 februari 2007	JAR 2007/60
8	Ktr. Haarlem	12 februari 2007	Prg. 2007/51
9	Ktr. Deventer	22 februari 2007	Prg. 2007/70
10	Hof Amsterdam	1 maart 2007	ECLI:NL:GHAMS:2007:BA9979
11	Ktr. Deventer	8 maart 2007	ECLI:NL:RBZLY:2007:BA1858
12	Hof Amsterdam	13 maart 2007	ECLI:NL:GHAMS:2007:BA1420
13	Rb. Amsterdam	21 maart 2007	Prg. 2007/60
14	Hof Den Haag	27 april 2007	RAR 2007, 116
15	Hof Den Bosch	1 mei 2007	JAR 2007/160 <sup>54</sup>
16	Ktr. Enschede	3 mei 2007	JIN 2008/65 <sup>55</sup>
17	Ktr. Rotterdam	11 mei 2007	ECLI:NL:RBROT:2007:BB9646
18	Ktr. Amersfoort	14 mei 2007	ECLI:NL:RBUTR:2007:BC6759
19	Ktr. Zaandam	15 mei 2007	ECLI:NL:RBHAA:2007:BA4504
20	Hof Den Bosch	29 mei 2007	ECLI:NL:GHSHE:2007:BC9671
21	Ktr. Haarlem	31 mei 2007	JIN 2007/336
22	Ktr. Zaandam	31 mei 2007	ECLI:NL:RBHAA:2007:BA4553
23	Ktr. Amersfoort	26 juni 2007	JAR 2008/94
24	Ktr. Haarlem	4 juli 2007	ECLI:NL:RBHAA:2007:BA9683
25	Ktr. Zwolle	5 juli 2007	ECLI:NL:RBZLY:2007:BA9003
26	Hof Amsterdam	12 juli 2007	ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6127
27	Hof Den Haag	13 juli 2007	ECLI:NL:GHSGR:2007:BB3893
28	Ktr. Haarlem	13 juli 2007	ECLI:NL:RBHAA:2007:BA9937
29	Ktr. Zaandam	19 juli 2007	ECLI:NL:RBHAA:2007:BB0191
30	Ktr. Groningen	3 augustus 2007	JAR 2008/80
31	Ktr. Utrecht	3 augustus 2007	JAR 2007/222
32	Ktr. Haarlem	15 augustus 2007	JAR 2007/256 <sup>56</sup>
33	Hof Den Haag	17 augustus 2007	JAR 2007/279 <sup>57</sup>
34	Hof Den Haag	21 september 2007	JIN 2007/627 <sup>58</sup>

<sup>51</sup> M.nt. Verhulp.

<sup>52</sup> M.nt. Verhulp.

<sup>53</sup> M.nt. Verhulp.

<sup>54</sup> M.nt. Zondag onder JIN 2007/160.

<sup>55</sup> M.nt. Zondag.

<sup>56</sup> M.nt. Vegter.

<sup>57</sup> M.nt. Verhulp.

Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
35	Ktr. Dordrecht	27 september 2007	ECLI:NL:RBDOR:2007:BB4618
36	Hof Den Haag	28 september 2007	JIN 2007/572
37	Ktr. Alkmaar	17 oktober 2007	ECLI:NL:RBALK:2007:BC2034
38	Hof Den Bosch	23 oktober 2007	JAR 2008/145
39	Hof Arnhem	23 oktober 2007	ECLI:NL:GHARN:2007:BB8562
40	Ktr. Haarlem	31 oktober 2007	ECLI:NL:RBHAA:2007:BB8322
41	Ktr. Lelystad	31 oktober 2007	JAR 2007/295
42	Ktr. Alkmaar	31 oktober 2007	Prg. 2008/82
43	Ktr. Nijmegen	9 november 2007	JAR 2007/297 <sup>59</sup>
44	Hof Amsterdam	15 november 2007	ECLI:NL:GHAMS:2007:BC1435
45	Ktr. Dordrecht	4 december 2007	ECLI:NL:RBDOR:2007:BC0739
46	Ktr. Delft	6 december 2007	NJF 2008, 32
47	Hof Arnhem	18 december 2007	ECLI:NL:GHARN:2007:BC5475
48	Ktr. Haarlem	19 december 2007	JAR 2008/25 <sup>60</sup>
49	Ktr. Deventer	27 december 2007	Prg. 2008/57
50	Ktr. Haarlem	2 januari 2008	JAR 2008/26 <sup>61</sup>
51	Ktr. Utrecht	16 januari 2008	Prg. 2008/92
52	Hof Den Bosch	22 januari 2008	ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3288
53	Ktr. Haarlem	4 februari 2008	ECLI:NL:RBHAA:2008:BC4020
54	Ktr. Amsterdam	3 maart 2008	JAR 2008/116
55	Hof Den Bosch	11 maart 2008	ECLI:NL:GHSHE:2008:BD5653
56	Ktr. Haarlem	14 maart 2008	ECLI:NL:RBHAA:2008:BC7129
57	Hof Den Haag	21 maart 2008	ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7748
58	Ktr. Haarlem	26 maart 2008	ECLI:NL:RBHAA:2008:BC8936
59	Ktr. Utrecht	31 maart 2008	NJF 2008, 298
60	Hof Amsterdam	10 april 2008	JAR 2008/236
61	Hof Den Haag	11 april 2008	JIN 2008/310
62	Hof Den Haag	16 april 2008	JIN 2008/387
63	Ktr. Alkmaar	7 mei 2008	ECLI:NL:RBALK:2008:BD4728
64	Ktr. Den Bosch	22 mei 2008	JAR 2008/155 <sup>62</sup>
65	Ktr. Leiden	28 mei 2008	JIN 2008/771 <sup>63</sup>
66	Ktr. Apeldoorn	11 juni 2008	JAR 2008/229
67	Ktr. Bergen op Zoom	11 juni 2008	Prg. 2008/137
68	Hof Amsterdam	12 juni 2008	JAR 2009/12
69	Ktr. Arnhem	27 juni 2008	JIN 2008/523 <sup>64</sup>
70	Ktr. Amsterdam	1 juli 2008	ECLI:NL:RBAMS:2008:BD6663
71	Hof Amsterdam	3 juli 2008	JAR 2008/256
72	Ktr. Zaandam	10 juli 2008	ECLI:NL:RBHAA:2008:BD7414

<sup>58</sup> M.nt. Zondag.

<sup>59</sup> M.nt. Vegter.

<sup>60</sup> M.nt. Verhulp.

<sup>61</sup> M.nt. Verhulp.

<sup>62</sup> Bodemzaak van uitspraak 55.

<sup>63</sup> M.nt. Filippo.

<sup>64</sup> M.nt. Zondag.

Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
73	Ktr. Gorinchem	14 juli 2008	ECLI:NL:RBDOR:2008:BE9024
74	Ktr. Terneuzen	23 juli 2008	JAR 2009/8
75	Ktr. Breda	25 juli 2008	JAR 2008/246
76	Hof Arnhem	29 juli 2008	ECLI:NL:GHARN:2008:BD8930
77	Hof Den Haag	31 juli 2008	JAR 2008/241
78	Hof Leeuwarden	5 augustus 2008	JIN 2008/547
79	Hof Leeuwarden	6 augustus 2008	JIN 2008/548
80	Hof Leeuwarden	6 augustus 2008	JAR 2008/242 <sup>65</sup>
81	Ktr. Venlo	6 augustus 2008	ECLI:NL:RBROE:2008:BD9900
82	Ktr. Zaandam	14 augustus 2008	ECLI:NL:RBHAA:2008:BD9682
83	Ktr. Dordrecht	27 augustus 2008	ECLI:NL:RBDOR:2008:BE9374
84	Ktr. Dordrecht	27 augustus 2008	ECLI:NL:RBDOR:2008:BE9376
85	Hof Den Haag	2 september 2008	JIN 2008/631
86	Ktr. Gorinchem	11 september 2008	ECLI:NL:RBDOR:2008:BF0767
87	GHvJ v.d. NA en A <sup>66</sup>	16 september 2008	ECLI:NL:OGHNAA:2008:BF1870
88	GHvJ v.d. NA en A	16 september 2008	ECLI:NL:OGHNAA:2008:BF1905
89	GHvJ v.d. NA en A	16 september 2008	ECLI:NL:OGHNAA:2008:BF1913
90	Ktr. Amersfoort	17 september 2008	JIN 2008/690 <sup>67</sup>
91	Ktr. Utrecht	17 september 2008	JAR 2008/286
92	Ktr. Rotterdam	18 september 2008	Prg. 2008/194
93	Ktr. Alkmaar	22 september 2008	JIN 2008/717
94	Hof Leeuwarden	30 september 2008	JAR 2008/276
95	Ktr. Nijmegen	6 november 2008	ECLI:NL:RBARN:2008:BG6075
96	G in EA <sup>68</sup> van Aruba	12 november 2008	ECLI:NL:OGEEA:2008:BG8463
97	Hof Den Bosch	9 december 2008	JIN 2009/5
98	Hof Amsterdam	13 januari 2009	ECLI:NL:GHAMS:2009:BH4674
99	GHvJ v.d. NA en A	20 januari 2009	ECLI:NL:OGHNAA:2009:BH3353
100	GHvJ v.d. NA en A	20 januari 2009	ECLI:NL:OGHNAA:2009:BH3053
101	Ktr. Utrecht	28 januari 2009	Prg. 2009/60
102	Hof Arnhem	3 februari 2009	ECLI:NL:GHARN:2009:BH4681
103	Hof Den Bosch	3 februari 2009	ECLI:NL:GHSHE:2009:BH2169
104	Hof Amsterdam	3 februari 2009	JIN 2009/414
105	Ktr. Nijmegen	13 februari 2009	JAR 2009/68
106	Hof Amsterdam	17 februari 2009	JAR 2009/246
107	Hof Amsterdam	24 februari 2009	ECLI:NL:GHAMS:2009:BH4726 <sup>69</sup>
108	GHvJ v.d. NA en A	6 maart 2009	ECLI:NL:OGHNAA:2009:BH8673
109	Ktr. Delft	12 maart 2009	JAR 2009/115
110	Ktr. Amsterdam	16 maart 2009	JAR 2009/94
111	Hof Arnhem	17 maart 2009	RAR 2009, 112
112	Hof Arnhem	17 maart 2009	ECLI:NL:GHARN:2009:BH8393

<sup>65</sup> M.nt. Knipschild onder JIN 2008/549.

<sup>66</sup> Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba.

<sup>67</sup> M.nt. Houweling.

<sup>68</sup> Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen.

<sup>69</sup> Hoger beroep van uitspraak 51.

Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
113	Hof Leeuwarden	17 maart 2009	ECLI:NL:GHLEE:2009:BI0323
114	Hof Arnhem	24 maart 2009	Prg. 2009/87
115	Hof Arnhem	31 maart 2009	ECLI:NL:GHARN:2009:BI2174
116	Hof Den Bosch	31 maart 2009	ECLI:NL:GHSHE:2009:BH9935
117	Hof Den Haag	14 april 2009	ECLI:NL:GHSGR:2009:BI2408
118	Ktr. Rotterdam	15 april 2009	ECLI:NL:RBROT:2009:BI5996
119	Hof Arnhem	21 april 2009	ECLI:NL:GHARN:2009:BJ2248
120	Ktr. Groningen	24 april 2009	ECLI:NL:RBGRO:2009:BL1602
121	Hof Arnhem	28 april 2009	ECLI:NL:GHARN:2009:BJ2749
122	Hof Amsterdam	12 mei 2009	JAR 2010/11
123	Ktr. Roermond	20 mei 2009	JAR 2009/192
124	Ktr. Haarlem	20 mei 2009	ECLI:NL:RBHAA:2009:BI6258
125	Hof Leeuwarden	26 mei 2009	JIN 2009/418
126	Ktr. Haarlem	16 juni 2009	ECLI:NL:RBHAA:2009:BI9651
127	GHvJ v.d. NA en A	16 juni 2009	ECLI:NL:OGHNAA:2009:BM3129
128	Hof Den Bosch	23 juni 2009	JIN 2009/501
129	Ktr. Utrecht	24 juni 2009	ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ1972
130	Ktr. Eindhoven	17 juli 2009	Prg. 2010/143
131	Ktr. Den Bosch	27 juli 2009	ECLI:NL:RBSHE:2009:BJ3888
132	Ktr. Alkmaar	19 augustus 2009	ECLI:NL:RBALK:2009:BV7014
133	Ktr. Haarlem	31 augustus 2009	JAR 2009/239
134	Ktr. Groningen	3 september 2009	Prg. 2010/6
135	Ktr. Amsterdam	4 september 2009	JAR 2009/259
136	G in EA v.d. NA	10 september 2009	ECLI:NL:OGEANA:2009:BK1514
137	Ktr. Sittard-Geleen	16 september 2009	ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ7740
138	Ktr. Groningen	24 september 2009	JIN 2009/778
139	Ktr. Assen	29 september 2009	ECLI:NL:RBASS:2009:BK2046
140	Hof Arnhem	29 september 2009	ECLI:NL:GHARN:2009:BL1324
141	Ktr. Terneuzen	30 september 2009	ECLI:NL:RBMD:2009:BL3065
142	Ktr. Amsterdam	1 oktober 2009	JAR 2009/274
143	Hof Amsterdam	13 oktober 2009	ECLI:NL:GHAMS:2009:BL1067
144	Ktr. Utrecht	14 oktober 2009	JAR 2009/296
145	Ktr. Den Bosch	2 november 2009	ECLI:NL:RBBRE:2011:BP4832
146	Hof Leeuwarden	10 november 2009	RAR 2010, 17
147	Ktr. Utrecht	11 november 2009	JAR 2010/31
148	Ktr. Amersfoort	11 november 2009	RAR 2010, 24
149	Ktr. Middelburg	23 november 2009	RAR 2010, 82
150	Hof Leeuwarden	1 december 2009	JIN 2010/26
151	Ktr. Zaandam	8 december 2009	JAR 2010/83
152	Hof Amsterdam	15 december 2009	ECLI:NL:GHAMS:2009:BL8496
153	Ktr. Almelo	17 december 2009	ECLI:NL:RBALM:2009:BK7673
154	Ktr. Groningen	22 december 2009	JIN 2010/113
155	Hof Leeuwarden	22 december 2009	ECLI:NL:GHLEE:2009:BK7501 <sup>70</sup>

<sup>70</sup> Hoger beroep van uitspraak 120.



Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
156	Ktr. Breda	22 december 2009	ECLI:NL:RBBRE:2009:BK7308
157	Ktr. Utrecht	23 december 2009	ECLI:NL:RBUTR:2009:BK6977
158	Ktr. Alphen aan den Rijn	5 januari 2010	JAR 2010/93
159	Ktr. Leeuwarden	8 januari 2010	Prg. 2010/44
160	Hof Leeuwarden	12 januari 2010	Prg. 2010/45 <sup>71</sup>
161	Ktr. Heerenveen	20 januari 2010	JAR 2010/44
162	Pres.Rb. Amsterdam	21 januari 2010	JAR 2010/66
163	G in EA v.d. NA	25 januari 2010	ECLI:NL:OGEANA:2010:BL1997
164	Ktr. Heerenveen	3 februari 2010	ECLI:NL:RBLEE:2010:BL2328
165	Pres.Rb. Zutphen	9 februari 2010	ECLI:NL:RBZUT:2010:BL3063
166	Ktr. Haarlem	12 februari 2010	ECLI:NL:RBHAA:2010:BM2046
167	Ktr. Amersfoort	17 februari 2010	JIN 2010/200
168	Ktr. Utrecht	17 februari 2010	ECLI:NL:RBUTR:2010:BL6490
169	Ktr. Bergen op Zoom	22 februari 2010	JAR 2010/95
170	Ktr. Groningen	3 maart 2010	JAR 2010/113
171	Ktr. Eindhoven	4 maart 2010	ECLI:NL:RBSHE:2010:BN4822
172	Hof Amsterdam	16 maart 2010	ECLI:NL:GHAMS:2010:BN1362
173	Pres.Rb. Arnhem	19 maart 2010	ECLI:NL:RBARN:2010:BL9343
174	Ktr. Amsterdam	24 maart 2010	JIN 2010/775 <sup>72</sup>
175	Hof Den Bosch	30 maart 2010	JIN 2010/263
176	Ktr. Zaandam	30 maart 2010	ECLI:NL:RBHAA:2010:BM0295
177	Hof Den Haag	6 april 2010	ECLI:NL:GHSGR:2010:BM1621
178	GHvJ v.d. NA en A	20 april 2010	ECLI:NL:OGHNAA:2010:BM3223
179	GHvJ v.d. NA en A	20 april 2010	RAR 2010, 117
180	GHvJ v.d. NA en A	20 april 2010	ECLI:NL:OGHNAA:2010:BM3120
181	GHvJ v.d. NA en A	27 april 2010	ECLI:NL:OGHNAA:2010:BN7110
182	Ktr. Haarlem	29 april 2010	JIN 2010/487
183	Hof Den Haag	4 mei 2010	ECLI:NL:GHSGR:2010:BM9431 <sup>73</sup>
184	Ktr. Sittard-Geleen	12 mei 2010	JAR 2010/188
185	Hof Leeuwarden	8 juni 2010	JAR 2010/182
186	Hof Amsterdam	15 juni 2010	JAR 2010/193
187	Hof Leeuwarden	22 juni 2010	ECLI:NL:GHLEE:2010:BN0297
188	Hof Leeuwarden	22 juni 2010	ECLI:NL:GHLEE:2010:BN0309
189	Hof Leeuwarden	22 juni 2010	ECLI:NL:GHLEE:2010:BN0320
190	G in EA v.d. NA	29 juni 2010	ECLI:NL:OGEANA:2010:BN0569
191	Ktr. Groningen	6 juli 2010	ECLI:NL:RBGRO:2010:BN3540
192	Ktr. Sittard-Geleen	7 juli 2010	ECLI:NL:RBMAA:2010:BN9956
193	Ktr. Sittard-Geleen	7 juli 2010	ECLI:NL:RBMAA:2010:BN9957
194	Ktr. Alkmaar	13 juli 2010	JAR 2010/218
195	GHvJ v.d. NA en A	19 juli 2010	ECLI:NL:OGHNAA:2010:BN5031

<sup>71</sup> Hoger beroep van uitspraak 138.

<sup>72</sup> M.nt. Heide.

<sup>73</sup> Hoger beroep van uitspraak 65.

Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
196	G in EA v.d. NA	21 juli 2010	ECLI:NL:OGEANA:2010:BN4379
197	Ktr. Dordrecht	22 juli 2010	Prg. 2010/209
198	Ktr. Utrecht	4 augustus 2010	ECLI:NL:RBUTR:2010:BN3249
199	Ktr. Venlo	5 augustus 2010	Prg. 2010/210
200	Ktr. Enschede	13 augustus 2010	JAR 2010/221
201	Ktr. Alkmaar	18 augustus 2010	Prg. 2010/241
202	Hof Amsterdam	24 augustus 2010	ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5047
203	Ktr. Heerlen	25 augustus 2010	ECLI:NL:RBMAA:2010:BN7639
204	GHvJ v.d. NA en A	27 augustus 2010	ECLI:NL:OGHNAA:2010:BN8449
205	Hof Den Bosch	7 september 2010	ECLI:NL:GHSHE:2010:BN7363
206	Ktr. Haarlem	7 september 2010	RAR 2011, 45
207	Ktr. Zaandam	16 september 2010	ECLI:NL:RBHAA:2010:BN5493
208	Hof Leeuwarden	5 oktober 2010	RAR 2011, 7
209	Ktr. Winschoten	11 oktober 2010	Prg. 2010/277
210	Hof Amsterdam	12 oktober 2010	JIN 2011/24
211	Ktr. Dordrecht	21 oktober 2010	ECLI:NL:RBDOR:2010:BO1645
212	Ktr. Haarlem	3 november 2010	JIN 2011/26
213	GHvJ van A, C, SM en van B, SE en S <sup>74</sup>	5 november 2010	ECLI:NL:OGHACMB:2010:BO6707
214	Ktr. Emmen	10 november 2010	ECLI:NL:RBASS:2010:BO8182
215	Ktr. Haarlem	2 december 2010	ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8991
216	Hof Den Haag	7 december 2010	RAR 2011, 100
217	Hof Den Haag	7 december 2010	ECLI:NL:GHSGR:2010:BO7031
218	Hof Den Bosch	7 december 2010	ECLI:NL:GHSHE:2010:BO8528
219	Ktr. Eindhoven	10 december 2010	ECLI:NL:RBSHE:2010:BO7179
220	Ktr. Haarlem	13 december 2010	ECLI:NL:RBHAA:2010:BO9072
221	Ktr. Haarlem	13 december 2010	ECLI:NL:RBHAA:2010:BO9402
222	Hof Amsterdam	28 december 2010	JAR 2011/70
223	Ktr. Heerlen	29 december 2010	ECLI:NL:RBMAA:2010:BO9519
224	Hof Den Bosch	4 januari 2011	JAR 2011/72
225	Hof Amsterdam	4 januari 2011	ECLI:NL:GHAMS:2011:BP8862
226	Ktr. Middelburg	12 januari 2011	ECLI:NL:RBMID:2011:BU5598
227	GHvJ van A, C, SM en B, SE en S	28 januari 2011	ECLI:NL:OGHACMB:2011:BP9803
228	Ktr. Leeuwarden	1 februari 2011	JAR 2011/80
229	Hof Arnhem	1 maart 2011	JIN 2011/251
230	Ktr. Amsterdam	2 maart 2011	JAR 2011/78
231	Ktr. Heerenveen	2 maart 2011	ECLI:NL:RBLEE:2011:BP9062
232	Ktr. Enschede	3 maart 2011	ECLI:NL:RBALM:2011:BP6918
233	Hof Arnhem	8 maart 2011	ECLI:NL:GHARN:2011:BP7892
234	Hof Den Haag	8 maart 2011	ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7823
235	Ktr. Amsterdam	11 maart 2011	ECLI:NL:RBAMS:2011:BU5092

<sup>74</sup> Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
236	GHvJ van A, C, SM en van B, SE en S	15 maart 2011	ECLI:NL:OGHACMB:2011:BQ0659
237	Ktr. Enschede	18 maart 2011	ECLI:NL:RBALM:2011:BP8265
238	Ktr. Heerenveen	23 maart 2011	Prg. 2011/140
239	Pres.Rb. Leeuwarden	6 april 2011	RAR 2011, 93
240	Ktr. Heerenveen	6 april 2011	ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ0977
241	Ktr. Groningen	7 april 2011	ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ2454
242	Hof Leeuwarden	10 april 2011	Prg. 2012/152
243	Ktr. Utrecht	13 april 2011	JAR 2011/202
244	Ktr. Sittard-Geleen	13 april 2011	ECLI:NL:RBMAA:2011:BQ1142
245	GHvJ van A, C, SM en van B, SE en S	15 april 2011	ECLI:NL:OGHACMB:2011:BQ4568
246	Ktr. Almelo	19 april 2011	JAR 2011/139 <sup>75</sup>
247	Hof Den Haag	19 april 2011	Prg. 2011/166
248	Ktr. Zwolle	26 april 2011	ECLI:NL:RBZLY:2011:BQ2957
249	Hof Amsterdam	3 mei 2011	JAR 2011/165 <sup>76</sup>
250	Ktr. Enschede	12 mei 2011	Prg. 2011/162
251	Pres.Rb. Den Haag	16 mei 2011	ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ4730
252	Hof Den Bosch	17 mei 2011	ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ5308 <sup>77</sup>
253	GHvJ van A, C, SM en van B, SE en S	17 mei 2011	ECLI:NL:OGHACMB:2011:BQ8743
254	Hof Amsterdam	7 juni 2011	ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ8985
255	Ktr. Amersfoort	8 juni 2011	ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ7980
256	GHvJ van A, C, SM en van B, SE en S	24 juni 2011	ECLI:NL:OGHACMB:2011:BR5541
257	Ktr. Haarlem	30 juni 2011	ECLI:NL:RBHAA:2011:BR0252
258	Ktr. Amersfoort	13 juli 2011	ECLI:NL:RBUTR:2011:BX3500
259	Hof Arnhem	26 juli 2011	ECLI:NL:GHARN:2011:BR4270
260	Hof Arnhem	2 augustus 2011	JAR 2011/242 <sup>78, 79</sup>
261	Hof Den Bosch	2 augustus 2011	ECLI:NL:GHSHE:2011:BR4288
262	Hof Arnhem	9 augustus 2011	ECLI:NL:GHARN:2011:BR5918
263	Ktr. Arnhem	16 augustus 2011	ECLI:NL:RBARN:2011:BR5811
264	Ktr. Heerenveen	17 augustus 2011	RAR 2011, 154
265	Ktr. Rotterdam	19 augustus 2011	JAR 2011/270
266	Hof Amsterdam	6 september 2011	ECLI:NL:GHAMS:2011:BU6152
267	Ktr. Heerlen	9 september 2011	ECLI:NL:RBMAA:2011:BW8112

<sup>75</sup> M.nt. Koevoets. Deze uitspraak is ook gepubliceerd in JIN 2011/484 (m.nt. Even), maar dan met 8 mei 2011 als uitspraakdatum. Het gaat evenwel om hetzelfde vonnis.

<sup>76</sup> Het tegen dit arrest ingediende cassatieberoep werd verworpen in HR 21 december 2012, JAR 2013/34, m.nt. P. Kruit onder JIN 2013/1.

<sup>77</sup> Hoger beroep van uitspraak 137.

<sup>78</sup> M.nt. Koevoets.

<sup>79</sup> Hoger beroep van uitspraak 246.

Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
268	Ktr. Winschoten	15 september 2011	RAR 2011, 166
269	Ktr. Utrecht	21 september 2011	ECLI:NL:RBUTR:2011:BT6209
270	Hof Den Haag	27 september 2011	ECLI:NL:GHSGR:2011:BU8172
271	Ktr. Utrecht	28 september 2011	ECLI:NL:RBUTR:2011:BU7213
272	Ktr. Amsterdam	30 september 2011	ECLI:NL:RBAMS:2011:BT7446
273	Hof Amsterdam	18 oktober 2011	ECLI:NL:GHAMS:2011:BU3253
274	Pres.Rb. Arnhem	20 oktober 2011	ECLI:NL:RBARN:2011:BU3545
275	Hof Amsterdam	8 november 2011	ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7802
276	Hof Amsterdam	8 november 2011	ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8204
277	Ktr. Heerenveen	16 november 2011	ECLI:NL:RBLEE:2011:BU5004
278	Hof Den Haag	29 november 2011	Prg. 2012/32 <sup>80</sup>
279	Hof Leeuwarden	20 december 2011	ECLI:NL:GHLEE:2011:BU8969
280	Ktr. Assen	21 december 2011	ECLI:NL:RBASS:2011:BU8941
281	Pres.Rb. Assen	22 december 2011	Prg. 2012/213
282	Ktr. Utrecht	23 december 2011	JAR 2012/28
283	Hof Arnhem	3 januari 2012	ECLI:NL:GHARN:2012:BV0305
284	Ktr. Middelburg	9 januari 2012	RAR 2012, 70
285	Ktr. Zwolle	10 januari 2012	Prg. 2012/73
286	Ktr. Haarlem	12 januari 2012	ECLI:NL:RBHAA:2012:BW1136
287	Hof Den Bosch	31 januari 2012	ECLI:NL:GHSHE:2012:BV2746
288	Ktr. Heerenveen	1 februari 2012	ECLI:NL:RBLEE:2012:BV6800
289	Ktr. Dordrecht	3 februari 2012	ECLI:NL:RBDOR:2012:BV3735
290	Ktr. Heerlen	7 februari 2012	ECLI:NL:RBMAA:2012:BV9195
291	Ktr. Utrecht	15 februari 2012	ECLI:NL:RBUTR:2012:BV6428
292	Ktr. Utrecht	17 februari 2012	ECLI:NL:RBUTR:2012:BW5075
293	Hof Den Bosch	21 februari 2012	ECLI:NL:GHSHE:2012:BV6972
294	Ktr. Rotterdam	21 februari 2012	JAR 2012/232 <sup>81</sup>
295	Ktr. Groningen	22 februari 2012	Prg. 2012/176
296	Ktr. Enschede	24 februari 2012	ECLI:NL:RBALM:2012:BV6973
297	Ktr. Enschede	13 maart 2012	RAR 2012, 91
298	Hof Leeuwarden	13 maart 2012	ECLI:NL:GHLEE:2012:BV8640
299	GHvJ v.d. NA en A	13 maart 2012	ECLI:NL:OGHNAA:2012:BW5799 <sup>82</sup>
300	Ktr. Utrecht	14 maart 2012	ECLI:NL:RBUTR:2012:BW5208
301	Hof Arnhem	20 maart 2012	ECLI:NL:GHARN:2012:BV9595
302	Ktr. Nijmegen	23 maart 2012	ECLI:NL:RBARN:2012:BW0206
303	Hof Leeuwarden	27 maart 2012	JAR 2012/227 <sup>83</sup>
304	Hof Arnhem	27 maart 2012	ECLI:NL:GHARN:2012:BW0693
305	Hof Den Bosch	27 maart 2012	ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0293
306	Ktr. Arnhem	30 maart 2012	ECLI:NL:RBARN:2012:BW0692
307	Hof Amsterdam	3 april 2012	ECLI:NL:GHAMS:2012:BW2157
308	Hof Arnhem	3 april 2012	ECLI:NL:GHARN:2012:BW0825

<sup>80</sup> Hoger beroep van uitspraak 251.

<sup>81</sup> Zie over deze uitspraak Loonstra & Hoogendijk 2012.

<sup>82</sup> Vervolg van uitspraak 252.

<sup>83</sup> M.nt. Fruytier.

Nummer	Instantie	Datum	Vindplaats
309	Ktr. Heerenveen	25 april 2012	ECLI:NL:RBL EE:2012:BX1279
310	Hof Den Bosch	1 mei 2012	ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5206
311	Ktr. Utrecht	10 mei 2012	ECLI:NL:RBUTR:2012:BW5467
312	Hof Den Bosch	15 mei 2012	JAR 2012/169 <sup>84</sup>
313	Hof Arnhem	15 mei 2012	ECLI:NL:GHARN:2012:BW6429 <sup>85</sup>
314	Ktr. Heerenveen	16 mei 2012	ECLI:NL:RBL EE:2012:BW7794
315	Ktr. Nijmegen	25 mei 2012	ECLI:NL:RBARN:2012:BW9001
316	Hof Leeuwarden	29 mei 2012	ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7114
317	Pres.Rb. Amsterdam	29 mei 2012	ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3376
318	Ktr. Maastricht	6 juni 2012	ECLI:NL:RBMAA:2012:BW8501
319	Ktr. Hoorn	6 juni 2012	ECLI:NL:RBALK:2012:BW8631
320	Ktr. Lelystad	13 juni 2012	JIN 2012/153 <sup>86</sup>
321	Hof Amsterdam	19 juni 2012	JIN 2012/131 <sup>87</sup>
322	Hof Den Bosch	19 juni 2012	ECLI:NL:GHSHE:2012:BW9100
323	Hof Leeuwarden	26 juni 2012	ECLI:NL:GHLEE:2012:BX4226
324	Hof Leeuwarden	3 juli 2012	ECLI:NL:GHLEE:2012:BX0529
325	Ktr. Heerenveen	4 juli 2012	JAR 2012/214 <sup>88</sup>
326	Hof Amsterdam	10 juli 2012	ECLI:NL:GHAMS:2012:BX3176
327	Ktr. Dordrecht	13 juli 2012	ECLI:NL:RBDOR:2012:BX2616
328	Ktr. Nijmegen	16 juli 2012	ECLI:NL:RBARN:2012:BX1610
329	Ktr. Nijmegen	16 juli 2012	ECLI:NL:RBARN:2012:BX1672
330	Ktr. Nijmegen	16 juli 2012	ECLI:NL:RBARN:2012:BX1675 <sup>89</sup>
331	Hof Arnhem	31 juli 2012	JIN 2012/603

### 6.3.1 Algemeen

Hieronder zal worden bekeken op welke wijze de rechter invulling geeft aan zowel door de Hoge Raad genoemde als niet genoemde gezichtspunten in het kader van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. De enige manier waarop de lagere rechter daarvan (op controleerbare wijze) blijk kan geven, is door in zijn uitspraak op deze gezichtspunten in te gaan. De vraag hoe dat gebeurt is nu aan de orde.

Alvorens in te gaan op de gezichtspunten die van belang zijn bij ontslag op staande voet-zaken, vestig ik er de aandacht op dat in de onderzochte uitspraken ook harde subregels en vuistregels zijn geformuleerd, veelal in navolging van de

<sup>84</sup> M.nt. Laagland.

<sup>85</sup> Hoger beroep van uitspraak 282.

<sup>86</sup> M.nt. Engelman.

<sup>87</sup> M.nt. Vermeulen.

<sup>88</sup> M.nt. Meijerink.

<sup>89</sup> M.nt. Meijerink onder JAR 2012/218. Dit betreft de gelieerde ontbindingszaak.

Hoge Raad.<sup>90</sup> Elders heb ik beschreven dat de Hoge Raad verschillende harde subregels<sup>91</sup> heeft geformuleerd waarmee wordt aangegeven dat bepaalde gedragingen *geen* dringende reden opleveren.<sup>92</sup>

In de lagere rechtspraak vinden we diverse voorbeelden terug. Zo overwoog de Kantonrechter Utrecht in zijn vonnis van 17 september 2008,<sup>93</sup> dat het enkele feit dat controlevoorschriften (bij ziekte) niet worden nageleefd, volgens de geldende rechtspraak onvoldoende is voor een rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet.<sup>94</sup>

Ook in het kader van strafrechtelijke verdenkingen c.q. veroordelingen zijn in de lagere rechtspraak enkele harde subregels terug te vinden. Ik wijs allereerst op het arrest van het Hof Amsterdam van 17 februari 2009,<sup>95</sup> waarin is overwogen dat het enkele feit dat de werknemer gedetineerd is en hij daardoor zijn werk verzuimt, niet (op zichzelf al) voldoende is voor een ontslag op staande voet.<sup>96</sup>

Het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba oordeelde in een drietal uitspraken, van 20 en 27 april 2010,<sup>97</sup> dat de enkele schijn, het enkele vermoeden of zelfs de ernstige verdenking van diefstal of verduistering onvoldoende is voor ontslag op staande voet.<sup>98</sup> Het hof verwees in dit verband naar de arresten van de Hoge Raad van 4 februari 1983 en 13 april 1984.<sup>99</sup>

In algemene(re) zin oordeelde de Kantonrechter Groningen bij vonnis van 6 juli 2010,<sup>100</sup> dat het enkele vermoeden van een strafbaar feit volgens vaste jurisprudentie geen dringende reden kan vormen voor een ontslag op staande voet. Deze harde subregel lezen we ook in het vonnis van de Kantonrechter

---

<sup>90</sup> Waarmee de Hoge Raad van tijd tot tijd handvatten aan de lagere rechter geeft. Vgl. Duk 2006, p. 147.

<sup>91</sup> Zie over dit begrip paragraaf 2.2.2.

<sup>92</sup> Quist 2011, p. 100, met verschillende voorbeelden.

<sup>93</sup> Uitspraak 91. Zie ook uitspraak 140.

<sup>94</sup> Met de 'geldende rechtspraak' doelt de kantonrechter op HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259, alsmede JIN 2004/52, m.nt. Loonstra. Zie over de Vixia/Gerrits-problematiek, waar het hier om gaat, ook de uitspraken 93, 125, 168, 185, 229 en 263. De Vixia/Gerrits-leer werd naar analogie toegepast in de uitspraken 197 en 201.

<sup>95</sup> Uitspraak 106.

<sup>96</sup> Vgl. in dezelfde zin HR 17 december 2010, JAR 2011/19, m.nt. Koevoets en JIN 2011/66, m.nt. Houweling.

<sup>97</sup> Uitspraken 179, 180 en 181.

<sup>98</sup> Opmerkelijk is dat de woorden 'of zelfs de ernstige verdenking' wel in de uitspraken 179 en 180 staan, maar niet in uitspraak 181.

<sup>99</sup> NJ 1983, 543 respectievelijk NJ 1985, 2.

<sup>100</sup> Uitspraak 191.

Zwolle van 10 januari 2012,<sup>101</sup> maar dan specifiek toegespitst op Opiumwet-delicten.

Uitspraken waarin de Hoge Raad een harde subregel heeft geformuleerd waaruit volgt dat een bepaalde gedraging steeds *wel* als een dringende reden kwalificeert zijn mij niet bekend.<sup>102</sup> Ook in de lagere rechtspraak ben ik dergelijke regels niet tegengekomen. Wel wijs ik op het arrest van het Hof Den Haag van 27 september 2011,<sup>103</sup> waarin een harde subregel juist uitdrukkelijk van de hand werd gewezen. Het hof oordeelde dat een werknemer die zonder toestemming toch vrijaf neemt, een sanctie van de werkgever kan verwachten. Een ontslag op staande voet kan daarbij, aldus het hof, een passende sanctie zijn en ligt in veel gevallen ook voor de hand, maar, zo vervolgde het hof, ‘een wet van Meden en Perzen (een harde subregel) is het niet’.

In de onderzochte rechtspraak zijn ook vuistregels<sup>104</sup> terug te vinden.<sup>105</sup> Deze regels geven aan dat een bepaalde gedraging van de werknemer *in beginsel* wel of juist geen dringende reden oplevert, maar dat er onder omstandigheden een uitzondering op de desbetreffende (hoofd)regel kan worden gemaakt. In dit kader wijs ik op het arrest van het Hof Leeuwarden van 6 augustus 2008.<sup>106</sup> Het hof overwoog in dit arrest dat diefstal of verduistering van eigendommen van de werkgever, in beginsel een dringende reden oplevert. In lijn hiermee ligt de uitspraak van de Kantonrechter Nijmegen van 6 november van datzelfde jaar.<sup>107</sup> Daarin werd overwogen dat de werknemer die een geldbedrag uit de kas van de werkgever ten eigen bate aanwendt, in het algemeen gesproken terecht het vertrouwen van de werkgever verliest, wat een dringende reden voor onverwijld opzegging van de arbeidsovereenkomst oplevert. Ook in het vonnis van de Kantonrechter Winschoten van 11 oktober 2010<sup>108</sup> is geoordeeld dat diefstal of verduistering in beginsel een ontslag op staande voet wegens een dringende reden rechtvaardigt. De kantonrechter voegde hieraan toe dat dit

---

<sup>101</sup> Uitspraak 285.

<sup>102</sup> Quist 2011, p. 100. Zie ook Sagel 2009, p. 63. Het wel bestaan van een dergelijke harde subregel zou overigens ook moeilijk te rijmen zijn met het criterium waarbij steeds moeten worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval.

<sup>103</sup> Uitspraak 270.

<sup>104</sup> Zie over dit begrip paragraaf 2.2.2.

<sup>105</sup> Zie over door de Hoge Raad geformuleerde vuistregels Sagel & Verhulp 2005, p. 100 e.v.

<sup>106</sup> Uitspraak 79.

<sup>107</sup> Uitspraak 95.

<sup>108</sup> Uitspraak 209.

beginsel uitzondering kan lijden indien zich bijzondere omstandigheden voordoen, ook indien deze pas in een later stadium aan het licht komen. In de sfeer van diefstal en verduistering wijs ik ten slotte op de uitspraak van de Kantonrechter Heerenveen van 17 augustus 2011.<sup>109</sup> In die uitspraak werd geoordeeld dat het zonder toestemming meenemen van zaken die aan de werkgever toebehoren in het algemeen, hoe gering de waarde van die zaken ook is, als dringende reden zal kunnen worden aangemerkt.<sup>110</sup>

Ook wanneer het gaat om andere ernstige feiten zijn vuistregels geformuleerd. De Kantonrechter Haarlem overwoog in zijn vonnis van 14 augustus 2008,<sup>111</sup> dat het vechten op de werkvloer met een werknemer van de opdrachtgever in de regel als dusdanig ernstig moet worden aangemerkt, dat van een werkgever in redelijkheid niet mag worden verwacht dat hij de arbeidsrelatie (al is het maar voor enige tijd) voortzet. Het Hof Arnhem stelde in zijn arrest van 24 maart 2009<sup>112</sup> voorop dat, wanneer een werknemer de directeur van zijn werkgever met een koevoet in het gezicht slaat, dit – behoudens noodweer(exces)-achtige situaties – in de regel een dringende reden voor ontslag zal opleveren. Een laatste voorbeeld in de sfeer van mishandeling biedt het vonnis van de Kantonrechter Heerenveen van 16 mei 2012.<sup>113</sup> De kantonrechter overwoog dat het schoppen van een ondergeschikte in beginsel een ontslag op staande voet rechtvaardigt.

Twee andere voorbeelden hebben betrekking op gevallen waarin de werknemer werkweigering werd verweten. Een eerste fraai voorbeeld biedt het Hof Amsterdam in zijn arrest van 16 maart 2010,<sup>114</sup> waarin is geoordeeld dat een duurzame werkweigering in beginsel een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert. Dit is, zo overwoog het hof vervolgens, slechts anders indien er aan de zijde van de werknemer omstandigheden bestaan die aan deze

---

<sup>109</sup> Uitspraak 264.

<sup>110</sup> De Kantonrechter Alphen aan den Rijn ging in zijn vonnis van 6 maart 2007, JAR 2007/113, nog een stapje verder dan het formuleren van een vuistregel. De kantonrechter oordeelde dat het een feit van algemene bekendheid is dat het medeplegen van diefstal bij de werkgever, bij ontdekking zal leiden tot het (direct) beëindigen van de arbeidsovereenkomst door de werkgever op grond van een dringende reden. Deze uitspraak is niet in de lijst met onderzochte rechtspraak opgenomen, omdat het in deze zaak niet ging om een beoordeling van de vraag of sprake was van een dringende reden. Dat dat het geval was, stond tussen partijen vast. Het ging uitsluitend om de vraag of de werkgever zijn aanspraak op gefixeerde schadevergoeding mocht verrekenen met (nog) aan de werknemer toekomende bedragen.

<sup>111</sup> Uitspraak 82.

<sup>112</sup> Uitspraak 114.

<sup>113</sup> Uitspraak 314.

<sup>114</sup> Uitspraak 172.



werkweigering het karakter van een dringende reden ontnemen. Eerder overwoog de Kantonrechter Zaandam op vergelijkbare wijze.<sup>115</sup> In die zaak was de werknemer op staande voet ontslagen, omdat hij zou hebben geweigerd tijdens ziekte passende arbeid te verrichten. De kantonrechter overwoog te dien aanzien dat aan de werkgever moet worden toegegeven dat de hardnekkige weigering aan die verplichting te voldoen een ontslag op staande voet op die grond kan rechtvaardigen, met name als een langdurige loonsanctie geen effect sorteert. Hoewel de kantonrechter in deze uitspraak niet de woorden ‘in beginsel’, ‘in het algemeen’ of ‘in de regel’ gebruikte, is naar mijn mening wel duidelijk dat de kantonrechter van oordeel is dat een dergelijke weigering bij wijze van hoofdregel een ontslag op staande voet rechtvaardigt, zeker wanneer een opgelegde loonsanctie niet het beoogde effect heeft gehad, maar dat onder (bijzondere) omstandigheden van deze hoofdregel kan worden afgeweken.

De onderzochte rechtspraak biedt nog een tweetal andere voorbeelden van vuistregels waarin bepaald gedrag in beginsel als dringende reden wordt aangemerkt. Dat is in de eerste plaats het vonnis van de Kantonrechter Eindhoven van 10 december 2010.<sup>116</sup> In die zaak had een postbesteller diverse poststukken uit handen gegeven door een derde te laten helpen bij het bezorgen van de post. Nadat – na een postlichting – was gebleken dat die derde een deel van de post niet op de desbetreffende adressen had bezorgd, maar terug had gegooid in een brievenbus van TNT Post, werd de postbesteller op staande voet ontslagen. Naar aanleiding van dit ontslag overwoog de kantonrechter dat een dergelijk plichtsverzuim in beginsel voldoende grond kan opleveren voor een beëindiging van het dienstverband op grond van een dringende reden.

Een voorbeeld in het kader van belediging<sup>117</sup> is te vinden in de uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam van 30 september 2011,<sup>118</sup> waarin werd overwogen dat, indien de werknemer inderdaad ‘fucking hoer’ tegen zijn teamleidster heeft gezegd, dat in beginsel een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert.

De meeste vuistregels geven aan wanneer een bepaalde gedraging in beginsel *wel* als dringende reden kan worden aangemerkt. De uitspraak van de Kantonrechter Amersfoort van 17 september 2008<sup>119</sup> biedt evenwel een voorbeeld van een geval waarin werd geoordeeld dat de aan het ontslag ten

---

<sup>115</sup> Zie daarvoor het vonnis van 8 december 2009 (uitspraak 151).

<sup>116</sup> Uitspraak 219.

<sup>117</sup> Vgl. art. 7:678 lid 2 aanhef en sub e BW.

<sup>118</sup> Uitspraak 272.

<sup>119</sup> Uitspraak 90.

grondslag gelegde reden in beginsel juist geen dringende reden voor ontslag op staande voet rechtvaardigt. In dit vonnis werd overwogen dat – gelet op de onschuldpresumptie – alleen een strafrechtelijke verdenking in beginsel onvoldoende is om te komen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst.<sup>120</sup>

We keren terug naar de omstandigheden van het geval en de gezichtspunten. In verschillende arresten heeft de Hoge Raad vooropgesteld dat de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet moet worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval.<sup>121</sup> Dit uitgangspunt wordt ook in de lagere rechtspraak met regelmaat uitdrukkelijk overgenomen. Van de 331 onderzochte uitspraken was daarvan in 73 gevallen sprake.<sup>122</sup> Dat is dus in ruim een vijfde van de zaken. In 59 uitspraken zijn ook één of meerdere relevante gezichtspunten genoemd. In 55 vonnissen c.q. arresten was dat in zaken waarin eerst voorop werd gesteld dat de beslissing of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval.<sup>123</sup> Dat is het stramien dat veelal ook door de Hoge Raad wordt gevolgd. In slechts vier van de uitspraken werden gezichtspunten genoemd, zonder dat eerst melding werd gemaakt van de ‘alle omstandigheden van het geval-formule’.<sup>124</sup>

Het verwijzen naar gezichtspunten gebeurt niet steeds op dezelfde wijze. In de regel worden gezichtspunten uit het arrest Schrijver/Van Essen genoemd. Echter, daarbij worden de in Schrijver/Van Essen genoemde factoren niet steeds consequent overgenomen. Bij wijze van voorbeeld wijs ik op het arrest van het Hof Den Bosch van 31 januari 2012.<sup>125</sup> In deze uitspraak overwoog het hof dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden de omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang in aanmerking moeten worden genomen. Daarbij, zo vervolgde het

<sup>120</sup> Zie ook Ktr. Rotterdam 10 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY7442, hetgeen een ontbindingszaak betreft.

<sup>121</sup> Zie voetnoten 10 en 13.

<sup>122</sup> Het betreft de uitspraken 2, 5, 6, 9, 11, 15, 20, 21, 33, 36, 39, 64, 90, 96, 98, 103, 106, 119, 121, 123, 135, 139, 141, 152, 156, 157, 175, 183, 203, 206, 208, 209, 211, 219, 224, 228, 231, 234, 239, 242, 246, 255, 257, 260, 261, 264, 265, 270, 273, 274, 276, 280, 283, 287, 289, 290, 291, 293, 294, 296, 297, 302, 303, 304, 309, 311, 313, 314, 315, 321, 324, 325 en 327.

<sup>123</sup> Zie de uitspraken 5, 9, 11, 15, 20, 21, 33, 36, 39, 90, 98, 103, 106, 119, 121, 135, 139, 141, 152, 156, 157, 175, 183, 203, 208, 209, 211, 224, 228, 231, 239, 242, 246, 257, 260, 261, 264, 273, 274, 287, 289, 290, 293, 294, 296, 297, 302, 303, 304, 309, 311, 313, 321, 325 en 327.

<sup>124</sup> Dat zijn de uitspraken 65, 79, 205 en 285.

<sup>125</sup> Uitspraak 287.

hof, behoren ook in de beschouwing te worden betrokken de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, zoals diens leeftijd, de aard en duur van het dienstverband en de gevolgen van het ontslag op staande voet.<sup>126</sup> Waar in het arrest Schrijver/Van Essen de aard van de dienstbetrekking en de duur daarvan afzonderlijke gezichtspunten zijn, worden ze door het hof onder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer geschoven.<sup>127</sup>

In sommige gevallen worden extra gezichtspunten genoemd, die zijn toegespitst op het desbetreffende geval. Daarvan was bijvoorbeeld sprake in het arrest van het Hof Amsterdam van 17 februari 2009.<sup>128</sup> In die zaak was de werknemer tot een (lange) gevangenisstraf veroordeeld wegens seksueel misbruik van zijn minderjarige stiefzoon.<sup>129</sup> Het hof overwoog dat de vraag of een detentie en het daaruit voortvloeiende werkverzuim van een werknemer voldoende zijn voor een ontslag op staande voet, afhangt van bijkomende omstandigheden, zoals de vraag of de werknemer een verwijt valt te maken dat hij gedetineerd is geraakt en, bijvoorbeeld, of hij de werkgever van zijn detentie (zo spoedig als mogelijk en noodzakelijk was) in kennis heeft gesteld.

In dezelfde sfeer oordeelde de Kantonrechter Zwolle bij vonnis van 10 januari 2012<sup>130</sup>, dat het enkele feit dat de werknemer in strafrechtelijke zin verdachte is van een Opiumwet-delict onvoldoende zwaarwegend is voor een ontslag op staande voet. Waar het, aldus de kantonrechter, om gaat is het antwoord op de vraag of en, zo ja, in hoeverre de aard van het misdrijf en de aard van de werkzaamheden verband met elkaar houden. Voorts is, zo werd vervolgd, van belang of de werknemer heeft bekend dat hij het strafbare feit heeft begaan, de invloed van de (strafrechtelijke) vaststelling daarvan op de goede naam van de werkgever als werkgever én als wederpartij van haar zakelijke relaties. De kantonrechter verwees ten slotte naar de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, een factor die wel uit het arrest Schrijver/Van Essen afkomstig is.

<sup>126</sup> Zie in dezelfde zin het arrest van het Hof Den Bosch van 21 februari 2012 (uitspraak 293), het vonnis van de Ktr. Rotterdam van diezelfde datum (uitspraak 294), alsmede het vonnis van de Ktr. Utrecht van 10 mei 2012 (uitspraak 311).

<sup>127</sup> Dat dit niet juist is zal worden besproken in paragraaf 6.3.6, waar aan de orde komt dat de persoonlijke omstandigheden (lees: de gevolgen van het ontslag voor de werknemer) uitsluitend in het voordeel van de werknemer kunnen werken. De gezichtspunten aard van de dienstbetrekking en de duur daarvan kunnen zowel ten voordele van de werkgever als ten voordele van de werknemer strekken.

<sup>128</sup> Uitspraak 106.

<sup>129</sup> Deze procedure heeft geleid tot HR 17 december 2010, JAR 2011/19, waarin de Hoge Raad ook een gezichtspuntencatalogus heeft geformuleerd. Zie voor deze catalogus de paragrafen 3.2.3.7 en 6.2.1.

<sup>130</sup> Uitspraak 285.

Hoewel in 59 van de 331 zaken één of meer gezichtspunten werden genoemd, is een expliciete verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad, waaraan die gezichtspunten doorgaans toch zijn ontleend, tamelijk zeldzaam. In slechts 10 uitspraken<sup>131</sup> werd uitdrukkelijk de link gelegd met het arrest Schrijver/Van Essen.<sup>132</sup> Dat is erg weinig, zeker wanneer wordt bedacht dat dit arrest het criterium aanreikt aan de hand waarvan moet worden bepaald of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet.

In een vijftal andere zaken is in het kader van de bij de beoordeling te betrekken relevante factoren verwezen naar andere rechtspraak van de Hoge Raad. Zo verwees het Hof Amsterdam in zijn arrest van 13 januari 2009<sup>133</sup> naar HR 22 februari 2002, JAR 2002/81, waarin dezelfde gezichtspunten als in Schrijver/Van Essen zijn genoemd. In drie zaken<sup>134</sup> is verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 21 januari 2000.<sup>135</sup> Opvallend aan dit arrest is dat hierin niet de gehele catalogus uit Schrijver/Van Essen terugkeert, maar dat uitsluitend de persoonlijke omstandigheden van de werknemer met zoveel woorden worden genoemd. Datzelfde geldt voor het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2012,<sup>136</sup> waarnaar door de Kantonrechter Heerenveen is verwezen in zijn vonnis van 4 juli 2012.<sup>137</sup>

In de lagere rechtspraak wordt niet uitsluitend gewerkt met de gezichtspunten die te herleiden zijn tot arresten van de Hoge Raad. In een groot aantal uitspraken wordt namelijk (ook) aandacht besteed aan andere relevante factoren, door mij aangeduid als ‘overige gezichtspunten’. In paragraaf 6.3.7 zullen deze aan de orde komen. Voor nu is van belang te constateren dat de gezichtspunten-catalogus uit Schrijver/Van Essen en in latere rechtspraak van de Hoge Raad genoemde factoren, niet limitatief zijn.<sup>138</sup> Dit vloeit ook voort uit de door de Hoge Raad zelf gekozen bewoordingen, waaruit volgt dat de genoemde gezichtspunten met andere relevante factoren kunnen worden aangevuld.

---

<sup>131</sup> Uitspraken 33, 36, 203, 224, 242, 287, 293, 294, 302 en 303.

<sup>132</sup> Dat is opmerkelijk minder dan bij het arrest Van Hese/De Schelde, waarbij in 52 van de 58 gevallen uitdrukkelijk naar het arrest van de Hoge Raad werd verwezen. Zie hierover paragraaf 5.3.1.

<sup>133</sup> Uitspraak 98.

<sup>134</sup> Uitspraken 96, 309 en 325.

<sup>135</sup> JAR 2000/45.

<sup>136</sup> JAR 2012/135.

<sup>137</sup> Uitspraak 325.

<sup>138</sup> Zie over het niet-limitatieve karakter van gezichtspunten-catalogi in algemene zin paragraaf 2.4.1.1.

Hoewel strenge eisen worden gesteld aan een door de werkgever verleend ontslag op staande voet,<sup>139</sup> is niet duidelijk hoe de verschillende gezichtspunten tegen elkaar moeten worden afgewogen. Weliswaar heeft de Hoge Raad – ook in Schrijver/Van Essen – vooropgesteld dat de omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang moeten worden gezien, maar over de vraag wat het relatieve gewicht van de verschillende relevante factoren is, heeft de Hoge Raad zich niet uitgelaten. De te maken afweging is dus volledig aan de lagere rechtspraak overgelaten. Hieronder – bij de bespreking van de diverse gezichtspunten – zullen we zien dat de wijze waarop daar invulling aan wordt gegeven niet steeds dezelfde is.

Op deze plaats merk ik wel op dat uit het gegeven dat acht moet worden geslagen op alle – in onderling verband en samenhang te beschouwen – gezichtspunten wel volgt dat niet aan één bepaalde factor doorslaggevende betekenis kan worden toegekend zonder de andere relevante omstandigheden in de beoordeling te betrekken. Een dergelijke benadering correspondeert niet met de door de Hoge Raad aangereikte maatstaf. Dat wringt met name in zaken waarin de rechter tot het oordeel is gekomen dat (inderdaad) sprake is van een dringende reden en het ontslag op staande voet in stand blijft. In opvallend veel gevallen (32 van de 331 uitspraken)<sup>140</sup> wordt de afwijzing van de vordering(en) van de werknemer gemotiveerd door uitsluitend in te gaan op de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt (het eerste gezichtspunt). Gelet op het feit dat de rechter een belangenafweging dient te maken, zullen ook de gezichtspunten die in het voordeel van de werknemer (kunnen) strekken in de beschouwing moeten worden betrokken. Ik voeg hier snel aan toe dat de werknemer dan wel daarop gerichte stellingen betrokken zal moeten hebben. Of en zo ja, op welke wijze dit is gebeurd, blijkt niet steeds uit de onderzochte rechtspraak.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> Hetgeen in de lagere rechtspraak met enige regelmaat ook uitdrukkelijk zo wordt benoemd. Vgl. de uitspraken 2, 9, 11, 137 en 182.

<sup>140</sup> Uitspraken 8, 24, 29, 30, 32, 42, 46, 72, 80, 82, 93, 134, 143, 165, 169, 172, 174, 225, 226, 232, 237, 240, 251, 265, 274, 275, 295, 296, 299, 305, 312 en 327.

<sup>141</sup> Eén uitspraak biedt wel een (logische) verklaring voor het feit dat de door de rechter te maken beoordeling beperkt kan zijn. Het gaat om het arrest van het Hof Amsterdam van 8 november 2011 (uitspraak 275). In hoger beroep was uitsluitend gegriefd tegen de waardering van het bewijs door de rechter in eerste aanleg. Tussen partijen stond verder namelijk vast dat, wanneer de aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde feiten zouden zijn bewezen, sprake was van een gegronde reden voor ontslag op staande voet. Het hof hoefde dan ook niet in te gaan op andere gezichtspunten, zoals bijvoorbeeld de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.

Een ander aspect dat na bestudering van de lagere rechtspraak aan de orde kan komen, betreft de vraag in hoeveel zaken de rechter op alle in Schrijver/Van Essen genoemde gezichtspunten is ingegaan. Dat blijken er niet zoveel te zijn. Slechts in 14 van de 331 uitspraken is de rechter bij de beoordeling van de zaak ingegaan op alle vijf de gezichtspunten.<sup>142</sup> In 25 zaken kwamen vier van de gezichtspunten aan bod.<sup>143</sup> Ik heb 57 uitspraken geteld waarin drie uit het arrest Schrijver/Van Essen afkomstige gezichtspunten in de beschouwing zijn betrokken.<sup>144</sup> Tussen de onderzochte rechtspraak bevinden zich 51 uitspraken waarin een tweetal gezichtspunten uit Schrijver/Van Essen aan de orde is.<sup>145</sup> In verreweg de meeste zaken, te weten 145 uitspraken,<sup>146</sup> wordt ingegaan op slechts één gezichtspunt uit de catalogus van het arrest Schrijver/Van Essen. Daarmee is niet gezegd dat er geen andere relevante factoren in de beschouwing zijn betrokken. In veel zaken is, zoals aangegeven, namelijk ook aandacht besteed aan zogenoemde overige gezichtspunten.

Wanneer de hierboven genoemde uitspraken worden opgeteld, komt het totaal uit op 292, waarmee het aantal onderzochte uitspraken van 331 dus niet wordt gehaald. Dit kan in de eerste plaats worden verklaard doordat er uitspraken zijn waarin niet op uit Schrijver/Van Essen ontleende gezichtspunten is ingegaan, maar uitsluitend op overige factoren.<sup>147</sup> Een andere verklaring is dat de rechter in een aantal zaken tot de conclusie is gekomen dat de door de

---

<sup>142</sup> Het gaat om de uitspraken 1, 10, 33, 34, 70, 98, 103, 117, 119, 148, 157, 211, 264 en 314.

<sup>143</sup> Dat zijn de uitspraken 5, 19, 50, 55, 64, 78, 106, 116, 123, 135, 138, 147, 162, 164, 175, 183, 205, 206, 242, 280, 281, 287, 297, 303 en 304.

<sup>144</sup> Uitspraken 6, 9, 13, 16, 24 tot en met 27, 36, 58, 65, 67, 73, 88, 100, 108, 113, 121, 126, 128, 131, 149, 153, 163, 170, 176, 178, 186, 195, 200, 208, 209, 214, 216, 221, 239, 245, 247, 257, 258, 261, 263, 267, 272, 276, 283 tot en met 285, 288, 298, 300 tot en met 302, 306, 307 en 311.

<sup>145</sup> Het gaat om de uitspraken 11, 14, 21, 22, 40, 51, 57, 61, 71, 75, 87, 89, 90, 95 tot en met 97, 109, 124, 127, 130, 132, 139, 140, 141, 159, 160, 166, 173, 177, 179, 184, 187 tot en met 190, 193, 203, 204, 215, 220, 222, 243, 248, 249, 253, 270, 309, 313, 315, 328 en 331.

<sup>146</sup> Volledigheidshalve zal ik ook die noemen. Het betreft de uitspraken 3, 7, 8, 12, 15, 17, 18, 20, 23, 28 tot en met 30, 32, 35, 37, 38, 41 tot en met 47, 49, 52 tot en met 54, 56, 59, 62, 63, 66, 69, 72, 74, 76, 79, 80, 82 tot en met 85, 91 tot en met 94, 101, 102, 104, 105, 107, 110 tot en met 112, 114, 115, 118, 120, 122, 125, 133, 134, 137, 142 tot en met 144, 146, 150, 151, 154, 155, 161, 165, 167 tot en met 169, 171, 172, 174, 180, 181, 191, 192, 196 tot en met 198, 201, 207, 213, 217, 219, 224 tot en met 227, 229 tot en met 235, 237, 238, 240, 241, 244, 246, 250 tot en met 252, 254 tot en met 256, 260, 262, 265, 266, 269, 271, 274, 275, 277, 279, 282, 286, 289, 293, 295, 296, 299, 305, 312, 317, 318 tot en met 320, 323, 324, 326, 327, 329 en 330.

<sup>147</sup> Ik wijs hiervoor op de uitspraken 22, 39, 77, 81, 129, 145, 182, 199, 210, 212, 218, 223, 228, 273, 278, 290, 291 en 294.

werkgever aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde reden niet of nog niet is bewezen. Aan een inhoudelijke beoordeling van de vraag of het door de werkgever aangedragen verwijt als een dringende reden kwalificeert, kon dus niet of nog niet worden toegekomen.<sup>148</sup>

Voordat ik overga tot de bespreking van de afzonderlijke gezichtspunten, is het nog interessant te vermelden welk beeld de lagere rechtspraak biedt ten aanzien van het (uiteindelijke) antwoord op de vraag of wel of geen sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Van de 331 zaken werd in 146 gevallen geoordeeld dat sprake was van een dringende reden, terwijl in 155 uitspraken de conclusie luidde dat van een dringende reden geen sprake was. In (de resterende) 30 zaken werd geoordeeld dat het door de werkgever aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde feitencomplex niet of nog niet bewezen was, zodat aan een inhoudelijke beoordeling niet of nog niet kon worden toegekomen. Van de uitspraken waarin een dergelijke inhoudelijke toets wel heeft plaatsgevonden (301 zaken) werd in 48,5% een dringende reden aangenomen, terwijl dat in 51,5% niet het geval was. Dat betekent dat het ontslag op staande voet dus bijna in de helft van de onderzochte uitspraken standhield.

Hieronder zal ik op de verschillende door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten ingaan. Daarna zal (in paragraaf 6.3.7) aandacht worden besteed aan de overige gezichtspunten. Ik merk daarbij op dat het niet steeds eenvoudig is de gezichtspunten gescheiden te behandelen. Niet alleen geldt namelijk dat deze altijd in onderlinge samenhang (dus niet gescheiden van elkaar) moeten worden beoordeeld, maar ook dat niet steeds duidelijk is onder welke categorie een bepaalde omstandigheid valt. Daar komt bij dat sommige factoren op het snijvlak van meerdere gezichtspunten liggen zoals hieronder nog zal blijken. Ten behoeve van de overzichtelijkheid heb ik toch voor een gescheiden benadering gekozen.

### **6.3.2 De aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt**

Anders dan de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde, dat in het vorige hoofdstuk is behandeld, is de catalogus uit Schrijver/Van Essen niet geheel, maar gedeeltelijk imperatief. De Hoge Raad heeft niet voorge-

---

<sup>148</sup> Zie in dit verband de uitspraken 2, 4, 31, 48, 60, 68, 86, 99, 136, 158, 194, 202, 259, 292, 308, 310, 321 en 322.

schreven dat de lagere rechter alle genoemde factoren in zijn beoordeling *moet* betrekken. Dat geldt slechts voor één van de gezichtspunten, te weten de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt. Na de overweging dat het antwoord op de vraag of sprake is van een dringende reden afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, overwoog de Hoge Raad dat voornoemd gezichtspunt in de eerste plaats in de beschouwing *behoort* te worden betrokken. Dat betekent dat de lagere rechter in ieder geval op de aard en ernst van het aan de werknemer gemaakte – en aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde – verwijt zal moeten ingaan. Dat is overigens ook niet meer dan logisch. Zonder dat zal de rechter ook geen behoorlijke beoordeling kunnen maken.

Voor wat betreft het eerste gezichtspunt is van belang dat de aan de werknemer medegedeelde ontslaggrond de dringende reden fixeert.<sup>149</sup> Dat betekent dat de rechter uitsluitend de aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde dringende reden(en) in zijn beoordeling kan betrekken. In diverse lagere uitspraken wordt dit uitgangspunt ook met zoveel woorden bevestigd.<sup>150</sup>

Wanneer we het hebben over de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt, spreekt het voor zich dat de rechtspraak zozeer casuïstisch is dat het moeilijk is in algemene zin iets te zeggen over de wijze waarop dit gezichtspunt wordt ingevuld. Immers, de praktijk is altijd weerbarstiger dan de theorie. Niet alleen laten de mogelijk denkbare dringende redenen zich niet begrenzen, ook de diverse verschillende gedragingen kunnen op vele verschillende manieren en onder diverse omstandigheden plaatsvinden.

De wet geeft in art. 7:678 lid 1 BW een open norm. Als een dringende reden wordt aangemerkt zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het tweede lid van voornoemd artikel geeft een aantal voorbeelden van daden, eigenschappen en gedragingen die mogelijk een dringende reden opleveren.<sup>151</sup> Deze lijst is niet limitatief. Bovendien is het zo dat het enkele feit dat een bepaalde gedraging valt onder de in de wet genoemde voorbeelden, niet betekent dat dan ook sprake is van een

---

<sup>149</sup> Zie daarover Sagel 2009, p. 80, alsmede Sagel 2013, p. 134.

<sup>150</sup> Zie daarvoor de uitspraken 2, 48, 64, 67, 76, 83, 84, 121, 122, 129, 138, 145, 149, 156, 163, 192, 193, 205, 226, 251, 255, 261, 265, 277, 297, 306, 310, 322 en 331.

<sup>151</sup> Zie voor een bespreking van de in art. 7:678 lid 2 aanhef en sub a tot en met 1 BW gegeven voorbeelden Van Drongelen 2007, p. 196 e.v. en Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 395 e.v.



geldige reden voor ontslag op staande voet. Dat is immers steeds afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.<sup>152</sup> In de onderzochte jurisprudentie is in een aantal gevallen verwezen naar in art. 7:678 lid 2 BW genoemde voorbeelden.<sup>153</sup>

Dat de rechtspraak ten aanzien van het eerste gezichtspunt casuïstisch is, wil niet zeggen dat over de aard en ernst van het aan de werknemer gemaakte verwijt verder niets te zeggen valt. De in de rechtspraak beoordeelde ontslagredenen kunnen namelijk wel in verschillende categorieën worden ingedeeld. Zo ontstaat een beeld bij welke gedragingen veelal wel of geen dringende reden wordt aangenomen, waarbij ik mij haast op te merken dat de uiteindelijke conclusie mede afhankelijk zal zijn van de overige relevante feiten en omstandigheden. Maar, gelet op het imperatieve karakter van het eerste gezichtspunt mag worden aangenomen dat daaraan veel belang moet worden toegekend.

Ik heb de onderzochte uitspraken in 21 categorieën ingedeeld.<sup>154</sup> Deze heb ik in onderstaand schema verwerkt, waarbij ik – per categorie – ook steeds (onder verwijzing naar de uitspraaknummers) heb aangegeven of wel of geen dringende reden is aangenomen. Ook is per categorie (tussen haakjes) aangegeven in welk percentage van de uitspraken wel respectievelijk geen dringende reden is aangenomen.<sup>155</sup>

Categorie	Wel dringende reden	Geen dringende reden
Diefstal/verduistering	30, 45, 47, 79, 108, 110, 128, 130, 135, 138, 164, 166, 203, 214, 215, 217, 231, 256, 288, 295, 296, 328, 329 en 330 (70,6 %)	1, 19, 33, 50, 57, 95, 218, 264, 294 en 311 (29,4 %)
Concurrerende werkzaamheden	27, 72, 104, 192, 193 en 282 (46,2 %)	17, 44, 111, 112, 147, 188 en 189 (53,8 %)
Werkweigering	29, 36, 42, 85, 102, 116, 119, 143, 167, 172, 174, 216, 225, 283 en 289 (35,7 %)	35, 43, 67, 73, 74, 76, 131, 146, 151, 153, 176, 186, 197, 223, 224, 227, 234, 235, 246, 257, 260, 269, 273, 277, 316, 319 en 326 (64,3 %)
Ongeoorloofde afwezigheid	61 en 93 (14,3 %)	12, 18, 23, 37, 139, 140, 150, 185, 199, 207, 210 en 270 (85,7 %)

<sup>152</sup> Vgl. hierover Loonstra & Zondag 2010, p. 428.

<sup>153</sup> Zie onder meer de uitspraken 33, 68, 76, 128, 232, 250, 264, 274, 277, 279, 294, 296, 319 en 324.

<sup>154</sup> Zie voor een bespreking van diverse categorieën ook Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 400 e.v., alsmede Disselkoe & Jakimowicz 2011, p. 1113 e.v. Zie ook Beltzer 2004, p. 21 e.v.

<sup>155</sup> Bij de berekening van deze percentages zijn de zaken waarin het aan de werknemer gemaakte verwijt niet of niet bewezen is, niet meegenomen.

Categorie	Wel dringende reden	Geen dringende reden
Beschadiging eigendom werkgever	5 (50 %)	141 (50 %)
(Verboden) nevenwerkzaamheden	8, 10, 40, 195, 221, 252, 298, 313 en 331 (60 %)	38, 53, 125, 205, 238 en 266 (40 %)
Overtreden verzuimvoorschriften	9, 15, 101 en 263 (50 %)	91, 145, 168 en 249 (50 %)
Ongepaste/verboden (intieme) relatie	11, 41, 142 en 280 (80 %)	229 (20 %)
Schending gedragsregels of bedrijfsregels	88, 105, 123, 200, 211, 267 en 309 (25,9 %)	16, 51, 55, 59, 64, 107, 121, 132, 161, 175, 179, 180, 236, 268, 276, 287, 297, 306, 323 en 325 (74,1 %)
Belediging	250, 265 en 272 (60 %)	20 en 163 (40 %)
Agressief gedrag + bedreiging	28, 65, 82, 100, 114, 120, 155, 177, 183, 213, 232, 275 en 279 (59,1 %)	21, 63, 113, 117, 152, 208, 291, 314 en 318 (40,9 %)
Seksuele intimidatie	58, 89, 240 en 299 (50 %)	77, 122, 133 en 242 (50 %)
Fraude + valsheid in geschrift	24, 34, 49, 75, 78, 103, 127, 159, 187, 243, 251 en 278 (63,2 %) <sup>156</sup>	70, 71, 83, 84, 149, 156 en 255 (36,8 %)
(Verdacht van) strafbaar feit + detentie	191 (20 %)	25, 90, 106 en 212 (80 %)
Schending geheimhoudingsbeding	69, 80, 162, 171, 237, 248 en 327 (63,6 %)	26, 198, 244 en 300 (36,4 %)
Verzwijging c.q. verstrekken van onjuiste informatie	32, 96, 134 en 315 (50 %)	54, 66, 109 en 154 (50 %)
Misleiding	46, 148, 165, 230, 271 en 305 (60 %)	118, 173, 261 en 304 (40 %)
Alcohol/drugs	62, 98, 124, 222, 258 en 312 (85,7 %)	247 (14,3 %)
(Meermalen) te laat op werk	87, 241, 286 en 307 (80 %)	97 (20 %)
Onjuist declaratiegedrag	301 en 302 (50 %)	281 en 290 (50 %)
Overig <sup>157</sup>	6, 7, 14, 169, 178, 184, 196, 204, 285 en 324 (28,6 %)	13, 52, 56, 81, 92, 94, 137, 144, 157, 182, 201, 202, 206, 219, 220, 226, 228, 239, 245, 254, 274, 284, 303, 317 en 320 (71,4 %)

<sup>156</sup> De constatering van Zondag dat fraude in de meeste gevallen een dringende reden oplevert (zie zijn annotatie onder uitspraak 34), wordt door deze cijfers ondersteund. Zie ook Sagel & Verhulp 2005, p. 92, die eveneens concluderen dat in dergelijke gevallen vrijwel steeds een dringende reden wordt aangenomen.

<sup>157</sup> In deze categorie vallen verwijten die lastig in een andere categorie zijn onder te brengen. Het gaat hierbij onder meer om: het rijden met een leaseauto tijdens een ontzegging van de rijbevoegdheid, handelen in illegale DVD's, het hebben van pornografisch materiaal op de computer, een passagier een nacht in een taxi laten zitten, het veroorzaken van een ongeval op een heiplaats, het veroorzaken van een vertrouwensbreuk, het doen van negatieve uitspraken over de werkgever en klachten van klanten over houding en gedrag, het weigeren van salarisverlaging, etc.

Voor de invulling van het eerste gezichtspunt is het niet alleen van belang te bekijken welke gedraging aan de werknemer wordt verweten, voor wat betreft de ernst daarvan is ook relevant in welke zin de rechter zich daarover heeft uitgelaten, hoe de rechter de desbetreffende gedraging heeft gekwalificeerd.

In 74 van de onderzochte zaken heeft de rechter niet alleen vastgesteld waaruit de aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde dringende reden bestaat, maar heeft hij daar ook een moreel oordeel aan gekoppeld, waarmee de ernst van de verweten gedraging wordt geduid. Dat gebeurde zowel in zaken waarin wel een dringende reden is aangenomen (36 uitspraken), als in zaken waarin dat niet het geval is (38 uitspraken).

Het meest voorkomende oordeel houdt in dat de werknemer het vertrouwen van de werkgever (ernstig) heeft geschaad. Een dergelijke kwalificatie komt in 14 uitspraken voor. In 13 daarvan is een dringende reden aangenomen,<sup>158</sup> terwijl slechts in één zaak werd geoordeeld dat geen sprake was van een geldig ontslag op staande voet.<sup>159</sup> In het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 6 maart 2009 is bijvoorbeeld geoordeeld dat de werknemer het vertrouwen van zijn werkgever onwaardig is geworden. Het voorgaande wijst erop dat, wanneer is vastgesteld dat sprake is van een (ernstige) schending van het vertrouwen door de werknemer, de kans dat het ontslag op staande voet stand houdt aanzienlijk is.

Ook in de gevallen waarin werd geoordeeld dat de werknemer de verplichtingen die de arbeidsovereenkomst hem oplegt grovelijk had veronachtzaamd<sup>160</sup> of deze verplichtingen op flagrante wijze had geschonden,<sup>161</sup> bleef de opzegging in stand. Dat was ook het geval in de zaken waarin werd overwogen dat de werknemer zich in hoge mate onprofessioneel had gedragen,<sup>162</sup> hij een grove fout had gemaakt,<sup>163</sup> hij zich laakbaar had gedragen,<sup>164</sup> hij onoorbaar had gehandeld,<sup>165</sup> hij de grenzen van het acceptabele ruimschoots had overschreden<sup>166</sup> en zaken waarin sprake was van volstrekt

---

<sup>158</sup> Het gaat om de uitspraken 10, 75, 103, 159, 187, 189, 203, 282, 301, 302, 305, 324 en 331.

<sup>159</sup> Dat betreft uitspraak 175.

<sup>160</sup> Uitspraken 41, 58 en 280. Zie ook uitspraak 8, waarin werd geoordeeld dat de werknemer zijn verplichtingen als werknemer ernstig had geschonden.

<sup>161</sup> Uitspraak 221.

<sup>162</sup> Uitspraak 11.

<sup>163</sup> Uitspraak 14.

<sup>164</sup> Uitspraak 285.

<sup>165</sup> Uitspraak 78.

<sup>166</sup> Uitspraak 272.

onaanvaardbaar<sup>167</sup> of ontoelaatbaar gedrag,<sup>168</sup> van een ernstige overtreding,<sup>169</sup> van een ernstige misstap,<sup>170</sup> van een zware overtreding<sup>171</sup> of van bepaald grensoverschrijdend gedrag.<sup>172</sup> In een tweetal zaken werd geoordeeld dat de gedraging dusdanig ernstig was dat van de werkgever in redelijkheid niet kon worden gevergd dat hij de arbeidsrelatie voortzette.<sup>173</sup>

In zaken waarin geen dringende reden werd aangenomen overwoog de rechter ten aanzien van de aan de werknemer verweten gedraging onder meer dat dit niet van dien ernst,<sup>174</sup> van te geringe ernst,<sup>175</sup> van te gering gewicht,<sup>176</sup> onvoldoende zwaar<sup>177</sup> of onvoldoende grond<sup>178</sup> was om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen.<sup>179</sup> In een viertal zaken waarin de opgevoerde dringende reden onvoldoende ernstig was, oordeelde de rechter dat de gedraging niet zodanig ernstig was dat van de werkgever niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.<sup>180</sup>

In sommige gevallen lijkt de kwalificatie van de ernst van de gedraging te wijzen op een bepaalde uitkomst van de zaak. Soms echter wordt de lezer van een rechterlijke uitspraak daardoor op het verkeerde been gezet. Als voorbeeld

---

<sup>167</sup> Uitspraak 65.

<sup>168</sup> Uitspraken 103 en 183.

<sup>169</sup> Uitspraak 72.

<sup>170</sup> Uitspraak 103.

<sup>171</sup> Uitspraak 200.

<sup>172</sup> Uitspraak 105.

<sup>173</sup> Uitspraken 82 en 88.

<sup>174</sup> Uitspraken 13, 71, 173 en 249.

<sup>175</sup> Uitspraken 107 en 257.

<sup>176</sup> Uitspraken 16 en 245.

<sup>177</sup> Uitspraken 206, 246, 260 en 304.

<sup>178</sup> Uitspraken 125 en 238.

<sup>179</sup> Andere in de bestudeerde rechtspraak voorkomende kwalificaties zijn: de werknemer heeft zich laakbaar jegens de werkgever gedragen (uitspraak 1); de gedraging is (zeer) ernstig (uitspraken 9, 28, 72, 93, 130, 267 en 313); er is sprake van een ernstig verwijt (uitspraken 10, 175 en 205) of de gedraging is ernstig verwijtbaar (uitspraken 302 en 325); de gedraging is aanmerkelijk verwijtbaar (uitspraak 175); de werknemer heeft zich niet gedragen zoals het betaamt (uitspraak 21); het gedrag van de werknemer is niet ongewoon of ongepast (uitspraak 23); er is sprake van een ontoelaatbare handeling (uitspraak 26, 122, 130 en 208); de werknemer heeft zich niet correct gedragen (uitspraak 53); het internetgebruik van de werknemer was niet buitensporig (uitspraak 59); de werknemer heeft (niet) willens en wetens gehandeld (uitspraken 64 en 72); de gedraging kan (beslist) niet door de beugel (uitspraken 117 en 149); een ernstige misdraging (uitspraak 133); een ernstige inbreuk (uitspraak 159); de werknemer heeft zich niet als een goed werknemer gedragen (uitspraken 162, 205, 268 en 282); een ernstige vorm van plichtsverzuim (uitspraak 219); afkeurenswaardig (uitspraak 281); zodanig onheus dat dit een ontslag op staande voet kan dragen (uitspraak 299).

<sup>180</sup> Uitspraken 50, 51, 122 en 261.

noem ik het arrest van het Hof Leeuwarden van 27 maart 2012.<sup>181</sup> In de zaak die tot deze uitspraak leidde was de werknemer – die de functie van boekhouder op een notariskantoor had – op staande voet ontslagen omdat hij betalingen had verricht vanaf de kwaliteitsrekening van het kantoor, zonder dat de boekhouder daartoe gerechtigd was. Naar aanleiding van deze gedraging overwoog het hof dat het onbevoegd afboeken van gelden van de kwaliteitsrekening door de werknemer – gelet op het in het notariaat te stellen vertrouwen – mterecht als een ‘doodzonde’ is aangemerkt. Hoewel dit de meest vergaande kwalificatie van de ernst van de gedraging is die ik in de onderzochte rechtspraak ben tegengekomen, luidde de uiteindelijke conclusie van het hof toch dat van een dringende reden voor ontslag op staande voet geen sprake was. Ik merk op dat het hof bij zijn afweging ook is ingegaan op de duur van het dienstverband, de wijze waarop de werknemer had gefunctioneerd, alsmede op de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.

Op het snijvlak van het onderhavige gezichtspunt en de vierde relevante factor (de wijze waarop de dienstbetrekking is vervuld), ligt de vraag of de werknemer eerder al een waarschuwing heeft gehad. Indien dat het geval is, kan dat een bepaalde gedraging mogelijk ernstiger maken in die zin dat de werknemer daarvan een groter verwijt kan worden gemaakt. Omdat het feit dat de werknemer eerder een waarschuwing heeft gekregen (ook) iets zegt over de wijze waarop hij (in het verleden) heeft gefunctioneerd, zal ik deze factor bij het vierde gezichtspunt behandelen.

### 6.3.3 De aard van de dienstbetrekking

Het tweede gezichtspunt dat de Hoge Raad in het arrest Schrijver/Van Essen noemde betreft de aard van de dienstbetrekking. Anders dan het eerste is dit gezichtspunt niet imperatief voorgeschreven.

Van de 331 onderzochte uitspraken is in 65 gevallen (op enigerlei wijze) aandacht besteed aan de aard van de dienstbetrekking. Dat is in 19,9% van de zaken. Van die 65 gevallen werd in 38 zaken (58,5%) een dringende reden aangenomen,<sup>182</sup> terwijl dat in 27 zaken (41,5%) niet het geval was.<sup>183</sup> In

---

<sup>181</sup> Uitspraak 303.

<sup>182</sup> Zie de uitspraken 6, 10, 27, 34, 40, 58, 75, 78, 98, 103, 116, 119, 123, 124, 127, 130, 138, 148, 159, 162, 164, 166, 184, 187, 189, 193, 195, 211, 214, 267, 285, 288, 301, 302, 307, 313, 315 en 328.

<sup>183</sup> Vgl. de uitspraken 1, 13, 19, 23, 25, 26, 33, 57, 70, 71, 117, 131, 141, 147, 149, 160, 175, 188, 264, 281, 287, 300, 306 en 314.

48 zaken<sup>184</sup> werd het gezichtspunt ten laste van de werknemer, dus als een belastend gezichtspunt, aangemerkt, terwijl in 10 gevallen<sup>185</sup> sprake was van een bevrijdend gezichtspunt, dat wil zeggen dat deze factor in het voordeel van de werknemer werd uitgelegd.<sup>186</sup> In de overige 7 uitspraken<sup>187</sup> is wel op de aard van de dienstbetrekking ingegaan, maar werd uit de beoordeling door de rechter niet duidelijk in het voordeel van welke partij dit gezichtspunt is uitgelegd. Voorts is vermeldenswaardig dat in 13 zaken,<sup>188</sup> waarin het gezichtspunt ten nadele van de werknemer is uitgelegd, (toch) geen dringende reden is aangenomen, terwijl in twee zaken<sup>189</sup> wel een dringende reden werd aangenomen, ondanks het feit dat de aard van de dienstbetrekking juist in het voordeel van de werknemer strekte.

Wanneer wordt gekeken naar de verschillende functies van de werknemer in zaken waarin de aard van de dienstbetrekking aandacht heeft gekregen, komt naar voren dat daarbij zowel lage(re) functies als hoge(re) functies zitten. Dat gaat van magazijnbediende, heftruckchauffeur en bagagemedewerker tot accountmanager, filiaalleider, directeur en hoogleraar. In een aantal zaken was sprake van een functie waarbij de werknemer in aanraking komt met (grote sommen) geld, zoals bij een directeur van een bankfiliaal,<sup>190</sup> een financieel manager, een croupier black jack, een kas- en baliemedewerkster en een zaalchef in een amusementscenter.<sup>191</sup> Ook werknemers met een leidinggevende functie passeerden regelmatig de revue. Dat was in 27 zaken het geval. Ik noem in dit verband de functie van leidster van een kinderdagverblijf, voorman, ploegleider, hoofd procuraten<sup>192</sup>, verkoopleider, chef werkplaats, zaalchef in een amusementscenter, werkleider en afdelingshoofd voormontage.<sup>193</sup> In de

---

<sup>184</sup> Te weten de uitspraken 6, 10, 19, 26, 27, 33, 34, 40, 57, 58, 70, 75, 78, 98, 103, 123, 124, 127, 130, 138, 147, 148, 149, 159, 162, 164, 166, 175, 184, 187, 189, 193, 195, 211, 214, 264, 267, 281, 287, 288, 300, 301, 302, 307, 313, 314, 315 en 328.

<sup>185</sup> Uitspraken 6, 13, 23, 25, 71, 116, 131, 141, 160 en 306.

<sup>186</sup> Zie over belastende en bevrijdende gezichtspunten paragraaf 2.4.5.2.

<sup>187</sup> Uitspraken 1, 117, 119, 157, 188, 220 en 261.

<sup>188</sup> Uitspraken 19, 26, 33, 57, 70, 147, 149, 175, 264, 281, 287, 300 en 314.

<sup>189</sup> Dat zijn de uitspraken 6 en 160.

<sup>190</sup> Zie voor wat betreft werknemers die bij een bank werken Hansma & Koning 1997, p. 3 e.v.

<sup>191</sup> Zie de uitspraken 70, 71, 75, 123, 175 en 211.

<sup>192</sup> Sinds de afschaffing van het verplicht procuraat per 1 september 2008 zal deze functie niet meer bestaan of in ieder geval een andere benaming hebben gekregen.

<sup>193</sup> Zie – min dezelfde volgorde – de uitspraken 23, 58, 124, 157, 187, 189, 211, 281 en 328.

bestudeerde rechtspraak stuitte ik verder op een viertal directeuren,<sup>194</sup> zeven bedrijfs-/filiaal-leiders<sup>195</sup> en eveneens zeven managers.<sup>196</sup>

Uit de onderzochte rechtspraak blijkt dat het onderhavige gezichtspunt kan worden onderscheiden in enerzijds de aard van de functie van de desbetreffende werknemer en anderzijds de positie die de werknemer binnen de organisatie van de werkgever bekleedt. Uiteraard hangt een en ander nauw met elkaar samen, maar dat wil niet zeggen dat dit in de jurisprudentie ook steeds als zodanig tot uitdrukking komt.

De aard van de functie, of anders gezegd: de inhoud daarvan, speelt een duidelijke rol bij functies waarin met vertrouwelijke gegevens wordt gewerkt. Daarvan was bijvoorbeeld sprake bij een medewerkster acceptatie consumptief krediet<sup>197</sup> en bij een IT-medewerker, van wie de werkgever ook diensten verleent aan justitiële instellingen en organisaties.<sup>198</sup> Ook van een manager corporate documentation werd een grote mate van vertrouwen verlangd.<sup>199</sup>

De rechtspraak biedt ook voorbeelden van werknemers die een zogenoemde vertrouwensfunctie bekleden. Uit deze rechtspraak volgt dat op het gebied van integriteit veel van dergelijke werknemers mag worden verwacht.<sup>200</sup> In het vonnis van de Kantonrechter Emmen van 10 november 2010<sup>201</sup> hield het ontslag op staande voet van een vervangend filiaal-leider van Aldi stand. Daarbij speelde mede een rol dat de werknemer een vertrouwensfunctie had, waarbij zij andere werknemers moest controleren op hun eerlijkheid. Aan de andere kant kan ook van belang zijn dat de werknemer juist *geen* vertrouwensfunctie uitoefende. Dat was het geval in de uitspraak van de Kantonrechter Zwolle van 5 juli 2007.<sup>202</sup> In die zaak werd de werknemer verdacht van het plegen van strafbare feiten, waaronder verboden wapenbezit. De kantonrechter achtte in deze kwestie van belang dat de werknemer geen vertrouwensfunctie uitoefende waarmee het bezit van een vuurwapen onverenigbaar is.

Ook het hebben van een voorbeeldfunctie is een aspect dat kan meewegen bij de vraag of een verleend ontslag op staande voet wel of niet

---

<sup>194</sup> Uitspraken 40, 70, 148 en 193.

<sup>195</sup> Uitspraken 27, 57, 138, 160, 214, 287 en 288.

<sup>196</sup> Uitspraken 26, 34, 71, 195, 220, 300 en 314.

<sup>197</sup> Uitspraak 10.

<sup>198</sup> Uitspraak 285.

<sup>199</sup> Uitspraak 26.

<sup>200</sup> Zie de uitspraken 5 en 27.

<sup>201</sup> Uitspraak 214.

<sup>202</sup> Uitspraak 224.

standhoudt. Dat was in niet minder dan in 11 van de 65 zaken aan de orde.<sup>203</sup> De Kantonrechter Heerenveen overwoog in zijn vonnis van 16 mei 2012<sup>204</sup> bijvoorbeeld dat een leidinggevende een voorbeeldfunctie heeft en dat juist van een dergelijk persoon onberispelijk gedrag mag worden verwacht. Een vergelijkbare overweging treffen we aan in de uitspraak van 16 juli 2012,<sup>205</sup> gewezen door de Kantonrechter Arnhem. De kantonrechter overwoog dat de werknemer als leidinggevende een voorbeeldfunctie heeft. Daaraan werd toegevoegd dat hij juist om die reden de regels zorgvuldig in acht moet nemen.

In verschillende andere uitspraken is gewezen op uit bepaalde functies voortvloeiende verantwoordelijkheden of verwachtingen van de werkgever.<sup>206</sup> Zo werd in het vonnis van de Kantonrechter Groningen van 24 september 2009<sup>207</sup> geoordeeld dat de werkgever onvoorwaardelijk dient te kunnen vertrouwen op de integriteit, loyaliteit en betrouwbaarheid van een werknemer. Dit is, zo vervolgde de kantonrechter, te meer van belang aangezien de werknemer in kwestie bedrijfsleider was. Hieruit volgt dat deze functie in de richting van de werkgever verwachtingen schept. Vanuit de werknemer geredeneerd brengt een dergelijke functie (extra) verantwoordelijkheden met zich mee.

Dat was ook het geval bij een monteur/leider werkplek beveiligers, ten aanzien van wie het Hof Amsterdam in zijn arrest van 13 januari 2009<sup>208</sup> oordeelde, dat hij een functie vervulde waarin hij onder meer verantwoordelijk was voor de veiligheid van anderen. Het verkeren onder invloed van alcohol is niet met deze verantwoordelijkheid te rijmen. Het ontslag op staande voet hield uiteindelijk stand.

Van een uit de functie voortvloeiende verantwoordelijkheid was ook sprake bij een ploegleider, van wie juist mocht worden verwacht dat hij zijn medewerkers op hun rookgedrag zou aanspreken.<sup>209</sup> In lijn hiermee ligt de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 22 juni 2010,<sup>210</sup> waarin werd geoordeeld dat de werknemer zich juist als chef niet kan permitteren om zich er ter

---

<sup>203</sup> Te weten de uitspraken 57, 58, 123, 127, 211, 214, 267, 281, 302, 314 en 328.

<sup>204</sup> Uitspraak 314.

<sup>205</sup> Uitspraak 328.

<sup>206</sup> Zie ook uitspraak 148, waarin de Kantonrechter Amersfoort in algemene zin oordeelde dat, gezien de functie van de werknemer en de daaraan inherente verantwoordelijkheden, de werkgever de conclusie heeft kunnen trekken dat de werknemer het in hem gestelde vertrouwen had geschonden, hetgeen een rechtvaardiging voor het ontslag op staande voet opleverde.

<sup>207</sup> Uitspraak 138.

<sup>208</sup> Uitspraak 98.

<sup>209</sup> Zo volgt uit uitspraak 124.

<sup>210</sup> Uitspraak 189.



verontschuldiging van zijn eigen gedrag op te beroepen dat andere monteurs ook voor eigen rekening werkten. De werknemer had dergelijk gedrag in het belang van de werkgever nu juist moeten voorkomen.

Een verloskundige, zo overwoog de Kantonrechter Middelburg,<sup>211</sup> moet er professioneel mee kunnen omgaan wanneer een kindje, dat aan haar zorg was toevertrouwd, dood wordt geboren. En in het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 23 december 2009<sup>212</sup> werd geoordeeld dat gelet op de functie (hoofd procuraten) van de werknemer een eerlijke opstelling mocht worden verlangd. Verder volgt uit de rechtspraak dat van een verkoopleider integriteit mag worden verwacht.<sup>213</sup> Ik wijs er voorts op dat soms (ook) uit de aard van het werk voortvloeit dat de werknemer stipt op tijd aanwezig dient te zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een medewerker van een servicedesk.<sup>214</sup>

In een tweetal uitspraken werd, gelet op de functie van de werknemer, bepaalde kennis c.q. wetenschap verondersteld. Dat was allereerst het geval in het vonnis van de Kantonrechter Heerenveen van 17 augustus 2011,<sup>215</sup> waarin is geoordeeld dat het de werknemer, mede gelet op zijn functie als magazijnmedewerker, duidelijk had behoren te zijn dat hij niet zonder toestemming zaken van Philips voor eigen gebruik mee had mogen nemen. In de tweede plaats gaat het om de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 14 maart 2012.<sup>216</sup> De kantonrechter oordeelde in dat vonnis dat het de werknemer, zeker gezien zijn functie (regionaal sales manager), duidelijk had moeten zijn dat hij in het kader van een reorganisatie geheimhouding diende te betrachten, ook al was er geen sprake van een expliciet opgelegde geheimhoudingsverplichting.

Nauw verwant aan de functie is het opleidingsniveau van de werknemer. Dit aspect kwam uitdrukkelijk aan de orde in het arrest van het Hof Amsterdam van 3 juli 2008.<sup>217</sup> In de zaak die tot dit arrest leidde werd de werknemer verweten dat hij onder druk van meerderen (jaar)cijfers had gewijzigd. Het hof oordeelde dat een ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was. Daarbij was aldus het hof ook van belang dat, zoals bij pleidooi op vragen van het hof naar voren was gekomen, de voor de functie van de werknemer relevante opleiding van spd-

---

<sup>211</sup> Vonnis van 23 november 2009 (uitspraak 149).

<sup>212</sup> Uitspraak 157.

<sup>213</sup> Uitspraak 187.

<sup>214</sup> Zo volgt uit uitspraak 307.

<sup>215</sup> Uitspraak 264.

<sup>216</sup> Uitspraak 300.

<sup>217</sup> Uitspraak 71.

niveau was. Mede gelet hierop kon de werknemer naar het oordeel van het hof niet met vrucht worden tegengeworpen dat hij geen weerstand heeft geboden tegen de door hem ervaren druk om de cijfers te veranderen.

Het niveau waarop de werknemer werkzaam is, kwam aan de orde in de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 21 januari 2010.<sup>218</sup> De president overwoog in deze zaak dat de werknemer zich ervan bewust had moeten zijn dat hij de binnen ABN AMRO geldende vertrouwelijkheidsregels schond, waarbij mede acht werd geslagen op het hoge functieniveau van de werknemer. Een ander voorbeeld biedt het vonnis van de Kantonrechter Nijmegen van 25 mei 2012.<sup>219</sup> In die zaak had de werknemer, een verkoper, een e-mailbericht gezonden aan zijn leidinggevende, welk bericht naar het oordeel van de kantonrechter in alle opzichten ongepast was; zowel wat betreft de toon en woordkeuze als het (dreigende) karakter ervan. De kantonrechter vervolgde dat deze e-mail, mede gelet op het niveau waarop de werknemer werkzaam was, niet past.<sup>220</sup>

Naast de aard van de functie en de inhoud daarvan, komt blijkens de lagere rechtspraak ook belang toe aan de positie die de werknemer binnen de organisatie van de werkgever inneemt.<sup>221</sup> Zo oordeelde het Hof Den Haag bij arrest van 21 september 2007,<sup>222</sup> dat sprake was van een hoge functie (senior fund manager), waarbij betrouwbaarheid en onkreukbaarheid van de functionaris onmisbaar zijn. Ik wijs voorts op de uitspraak van de Kantonrechter Sittard-Geleen van 12 mei 2010,<sup>223</sup> waarin van belang werd geacht dat de werknemer een 'belangrijke positie' binnen het bedrijf van de werkgever bekleedde. In het arrest van het Hof Den Bosch van 31 januari 2012<sup>224</sup> werd

---

<sup>218</sup> Uitspraak 162.

<sup>219</sup> Uitspraak 315.

<sup>220</sup> Ik wijs in dit kader ook op Rb. Utrecht 19 juli 2000, JAR 2000/191. In deze zaak was een calculator op staande voet ontslagen omdat hij zijn chef zowel verbaal als fysiek had bedreigd. De directe aanleiding voor het conflict tussen de werknemer en zijn chef was een verschil van mening dan wel miscommunicatie over een door de werknemer te verrichten taak. Ten aanzien van het gezichtspunt 'de aard van de dienstbetrekking' nam de rechtbank in aanmerking het niveau van de functie die de werknemer (calculator) en zijn chef (chef calculatie) hadden en hetgeen op grond daarvan van beiden had mogen worden verwacht ten aanzien van het oplossen van knelpunten in de samenwerking. Op basis hiervan heeft de rechtbank geoordeeld dat aan de chef hogere eisen mogen worden gesteld ter zake van communicatie en (probleem)oplossend vermogen dan aan de calculator. Het ontslag op staande voet hield in die zaak geen stand.

<sup>221</sup> Aldus ook Filippo in haar noot onder uitspraak 65.

<sup>222</sup> Uitspraak 34.

<sup>223</sup> Uitspraak 184.

<sup>224</sup> Uitspraak 287.

gewezen op de ‘bijzondere positie’ als filiaalleider. Ik wijs voorts op het Arnhemse arrest van 15 mei 2012,<sup>225</sup> waarin werd geoordeeld dat de werknemer, mede gelet op de hoge functie die hij bekleedde (groepscontroller), de werkgever niet in het ongewisse had mogen laten over door hem verrichte nevenactiviteiten.

Een andere in de rechtspraak voorkomende categorie betreft gevallen waarin de werknemer een grote mate van vrijheid heeft bij de invulling van zijn werkzaamheden. Vanwege de grote zelfstandigheid van de werknemer (waardoor controle door de werkgever lastig is), moet de werkgever op de werknemer kunnen vertrouwen. Dit komt in vijf van de onderzochte uitspraken tot uitdrukking.<sup>226</sup> Het Hof Den Bosch overwoog in dit kader in zijn arrest van 5 augustus 2008,<sup>227</sup> dat de werkgever, gelet op de grote zelfstandigheid waarmee de werknemer zijn werkzaamheden als accountmanager verricht, blindelings op de werknemer moet kunnen vertrouwen. Het Hof Arnhem oordeelde bij arrest van 20 maart 2012<sup>228</sup> op vergelijkbare wijze. Een werknemer die, zo overwoog het hof, vanuit huis mag werken en de kosten voor bezoek aan klanten mag declareren, dient zich te realiseren dat zijn werkgever niet in staat is dagelijks toezicht op zijn handelen te houden en dus afhankelijk is van de eerlijkheid waarmee de werknemer omgaat met het in hem gestelde vertrouwen.

Wat de hierboven besproken uitspraken gemeen hebben, is dat ze tot uitdrukking brengen dat van werknemers met een hoge functie (hetgeen vaak gepaard gaat met een zeker vertrouwen), werknemers met een voorbeeldfunctie en werknemers aan wie voor wat betreft de invulling van hun werkzaamheden veel vrijheid toekomt, een grotere zorgvuldigheid wordt verwacht. Anders gezegd: indien een werknemer met een dergelijke functie op staande voet wordt ontslagen, zal de aard van de dienstbetrekking eerder in zijn nadeel uitgelegd worden. Het gezegde ‘hoge bomen vangen veel wind’, doet ook hier opgeld.<sup>229</sup>

---

<sup>225</sup> Uitspraak 313.

<sup>226</sup> Zie in dit verband de uitspraken 78, 159, 164, 261 en 301. Zie ook uitspraak 119, waarin werd overwogen dat het feit dat de functie van de werknemer een ruime mate van vrijheid meebracht, niet zover gaat dat het de werknemer vrijstond redelijke opdrachten te weigeren.

<sup>227</sup> Uitspraak 78.

<sup>228</sup> Uitspraak 301.

<sup>229</sup> In Hof Den Haag 8 december 2006, JAR 2007/45, is dit ook met zoveel worden tot uitdrukking gebracht. Zie ook Rb. Utrecht 21 november 2012, JAR 2013/10, die in een kennelijk onredelijk ontslag-zaak ten aanzien van de aard van de functie van de

Betekent dit – omgekeerd – dat van een werknemer met een lage(re) functie minder mag worden verwacht? Deze vraag dient bevestigend te worden beantwoord, al is het aantal uitspraken waarin dit met zoveel woorden aan de orde komt niet zo groot als bij de hoge(re) functies. Voor een voorbeeld wijs ik op het vonnis van de Kantonrechter Terneuzen van 30 september 2009.<sup>230</sup> De kantonrechter achtte in die zaak – waarin aan de werknemer werd verweten dat hij roekeloos was omgegaan met bedrijfsmiddelen, waardoor schade was ontstaan – van belang dat de werknemer een leerling was, zodat van hem minder kon worden verwacht de ernst van het gevaar en de kans op schade in te zien dan een volleurde werknemer.

Waar in de hierboven genoemde jurisprudentie steeds uitdrukkelijk werd ingegaan op het tweede gezichtspunt uit het arrest Schrijver/Van Essen, is er ook een aantal uitspraken waarin het gezichtspunt wel is genoemd, maar waarin dit niet verder is uitgewerkt. In verschillende uitspraken is vermeld dat mede is gelet op de aard van het werk,<sup>231</sup> de aard van het dienstverband,<sup>232</sup> de functie van de werknemer<sup>233</sup> of de positie van de werknemer.<sup>234</sup> Uit de meeste uitspraken blijkt wel in wiens voordeel de rechter het onderhavige gezichtspunt heeft meegewogen, zoals bijvoorbeeld in het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 26 juli 2007.<sup>235</sup> Hierin oordeelde de kantonrechter dat het dragen van drie oorbellen per oor, mede gelet op ‘de aard van het werk’ (leidster op een kinderdagverblijf) en de desbetreffende branche, naar maatschappelijke opvattingen op zichzelf niet ongewoon of ongepast is. Duidelijk is dat het gezichtspunt in deze zaak niet op een voor de werknemer belastende wijze is uitgelegd.

Een ander voorbeeld van een voor de werknemer gunstige uitleg van het gezichtspunt is te vinden in het vonnis van de Kantonrechter Arnhem van 30 maart 2012.<sup>236</sup> Het was de kantonrechter aan de hand van de functieomschrijving niet duidelijk geworden dat de werknemer inderdaad een – door de werkgever gestelde – voorbeeldfunctie had. Van een verzwarende omstandigheid zoals door de werkgever bepleit, was dan ook geen sprake.

---

werknemer (statutair directeur) en de positie die hij in de onderneming had, overwoog dat hoge bomen nu eenmaal veel wind vangen.

<sup>230</sup> Uitspraak 141.

<sup>231</sup> Uitspraken 23, 166 en 175.

<sup>232</sup> Uitspraken 117 en 119.

<sup>233</sup> Uitspraken 188 en 288.

<sup>234</sup> Uitspraken 40, 147 en 193.

<sup>235</sup> Uitspraak 23.

<sup>236</sup> Uitspraak 306.

Een duidelijk voorbeeld van een zaak waarin het gezichtspunt in het nadeel van de werknemer werd meegewogen is het vonnis van de Kantonrechter Eindhoven van 17 juli 2009.<sup>237</sup> In die zaak had de werknemer, een medewerkster in een amusementscenter van Fair Play, door een bezoeker achtergelaten spullen met andere collega's verdeeld en meegenomen zonder dat zij daarvoor toestemming had. De kantonrechter overwoog dat dit een ernstige gedraging is. Daar werd aan toegevoegd dat, gezien de aard van het werk van de werknemster bij Fair Play haar gedrag zelfs nog kwalijker te noemen is.

Van een voor de werknemer belastende uitleg van het tweede gezichtspunt zal in de regel sprake zijn indien er een verband bestaat tussen de verweten gedraging en de functie van de werknemer, zo mag uit het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 19 juli 2010<sup>238</sup> worden afgeleid. In deze zaak had de manager van een dierentuin levende (beschermde) dieren gesmokkeld op een KLM-vlucht van Curaçao naar Amsterdam. De manager had in twee tassen handbagage 118 vogels verborgen. Van deze vogels hadden, zo is in de uitspraak vermeld, 9 tot 30 vogels de vlucht niet overleefd. Met betrekking tot het onderhavige gezichtspunt overwoog het hof dat het mede in zijn oordeel heeft betrokken dat er een verband bestaat tussen deze handelwijze en de functie van de werknemer als manager van de dierentuin, die in die functie als parkwachter belast was met het beheer van de dierentuin.<sup>239</sup>

Ten slotte wijs ik op een tweetal uitspraken waarin in bijzondere situaties aandacht werd besteed aan de aard van de dienstbetrekking als gezichtspunt bij de beantwoording van de vraag of sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet. De eerste is het arrest van het Hof Den Bosch van 31 maart 2009.<sup>240</sup> In deze uitspraak werd van belang geacht dat de aard van de dienstbetrekking ertoe diende de werknemer kansen op de arbeidsmarkt te geven. De achtergrond van de dienstbetrekking was een tussen de werkgever en de uitkeringsverstrekker van de werknemer (de gemeente Breda) gesloten overeenkomst om de werknemer met behulp van de werkgever betere kansen op de arbeidsmarkt te bieden. Hoewel dit gezichtspunt, als ik het goed zie, in het

---

<sup>237</sup> Uitspraak 130.

<sup>238</sup> Uitspraak 195.

<sup>239</sup> Dat een verband tussen de verweten gedraging en het werk moet bestaan, kan ook worden afgeleid uit HR 17 december 2010, JAR 2011/19. Zie over deze uitspraak ook de paragrafen 3.2.3.7 en 6.2.1.

<sup>240</sup> Uitspraak 116.

voordeel van de werknemer is meegewogen, is toch een dringende reden wegens werkweigeren aangenomen.

De tweede uitspraak betreft het vonnis van de Kantonrechter Den Bosch van 27 juli 2009.<sup>241</sup> Ook in deze zaak was sprake van een gemeentelijk project, in dit geval van de gemeente Oss. De werkgever was als re-integratiebureau betrokken bij het project Werkende Weg van de gemeente, waarvan het doel was de uitkeringsgerechtigde te begeleiden naar betaalde arbeid en hem/haar weer aansluiting te laten krijgen op de arbeidsmarkt. In het onderhavige geval werd de werknemer (eveneens) wegens werkweigeren op staande voet ontslagen. Dit ontslag vond geen genade bij de rechter. In dit verband werd geoordeeld dat van de werkgever, mede gelet op de aard van de arbeidsverhouding waarbij de werkgever te maken had met personen die al langere tijd uit het arbeidsproces zijn, verwacht had mogen worden dat hij tot een minder zware sanctie zou overgaan.

Over de weging van het gezichtspunt in de totale beoordeling laten maar weinig rechters zich uitdrukkelijk uit. Een uitzondering op deze regel biedt de eerste uitspraak uit het onderzoek, het arrest van het Hof Den Bosch van 16 januari 2007. In de zaak die tot dit arrest leidde had de werknemer zich schuldig gemaakt aan diefstal van koper- en aluminiumafval, waarbij ook verschillende andere werknemers betrokken waren. De werknemer nam, zo stelde het hof vast, deel aan een 'algemene praktijk'. Met betrekking tot de aard van het dienstverband oordeelde het hof dat het feit dat de werknemer geen monteur, maar magazijnbediende was, tot wiens taak het sorteren van binnengekomen afval in afvalcontainers behoorde, anders dan de werkgever had betoogd, van ondergeschikt belang moet worden geacht. Waarom dat precies het geval was, wordt niet duidelijk. Duidelijk is wel dat het hof weinig gewicht toekende aan het tweede gezichtspunt.

#### **6.3.4 De duur van de dienstbetrekking**

De duur van de dienstbetrekking is het derde gezichtspunt dat de Hoge Raad in het arrest Schrijver/Van Essen heeft genoemd. Bij dit gezichtspunt zal moeten worden uitgegaan van de dag waarop de werknemer in dienst is getreden tot en met de dag waarop hij op staande voet is ontslagen. Uit sommige uitspraken

---

<sup>241</sup> Uitspraak 131.

blijkt uitdrukkelijk dat ook de tijd dat de werknemer bij rechtsvoorgangers van de werkgever in dienst is geweest, is meegerekend.<sup>242</sup>

Van de 331 uitspraken werd in 72 gevallen in de beoordeling van de zaak (dus niet uitsluitend bij de opsomming van de feiten) aandacht besteed aan de duur van het dienstverband. Dat is dus in 21,8% van alle onderzochte uitspraken. In 31 van die zaken (43,1%) werd een dringende reden aangenomen,<sup>243</sup> terwijl dat in 38 uitspraken (52,8%) niet het geval was.<sup>244</sup> In een drietal zaken (4,2%) was (nadere) bewijslevering nodig.<sup>245</sup>

Met deze verdeling tussen zaken waarin wel en zaken waarin geen dringende reden is aangenomen, is niet gezegd dat daarmee ook is aangegeven in welke zaken de duur van de dienstbetrekking in het voordeel van de werkgever respectievelijk de werknemer is uitgelegd. Dat is zeker niet het geval. Van de zaken waarin werd geoordeeld dat *wel* sprake is van een dringende reden is het gezichtspunt in niet meer dan acht zaken in het nadeel van de werknemer uitgelegd. In vier van die zaken was sprake van een relatief kort dienstverband.<sup>246</sup> Kennelijk is de gedachte dat de werknemer dan minder bescherming ‘verdient’ dan wanneer hij al lang(er) bij de werkgever in dienst is.<sup>247</sup> In vier andere zaken was wel sprake van een lang dienstverband, maar werd deze factor desondanks in het nadeel van de werknemer uitgelegd.<sup>248</sup> Ik kom daar hieronder nog op terug.

In de zaken waarin wel een dringende reden werd aangenomen, werd het gezichtspunt in 20 van de 31 zaken<sup>249</sup> in het voordeel van de werknemer uitgelegd. Desondanks werd geoordeeld dat ontslag op staande voet wel terecht was verleend. Hieruit kan worden afgeleid dat aan het onderhavige gezichtspunt relatief weinig gewicht toekomt.

---

<sup>242</sup> Zie daarvoor de uitspraken 19, 34, 98, 117, 121, 138, 147, 157, 164, 175, 211, 247, 272, 297, 303 en 304.

<sup>243</sup> Dat was het geval in de uitspraken 5, 9, 10, 34, 36, 65, 78, 98, 100, 103, 108, 116, 119, 123, 128, 138, 148, 162, 178, 183, 200, 211, 216, 258, 263, 272, 280, 298, 301 en 331.

<sup>244</sup> Uitspraken 1, 13, 16, 19, 33, 50, 55, 64, 67, 70, 73, 106, 113, 117, 121, 132, 147, 153, 163, 175, 186, 205, 206, 208, 209, 242, 245, 247, 257, 264, 276, 287, 297, 303, 304, 314 en 325.

<sup>245</sup> Het betreft de uitspraken 126, 170 en 253.

<sup>246</sup> Zie de uitspraken 5, 26, 263 en 301.

<sup>247</sup> Vgl. Roozendaal 2009, p. 29, waar is geschreven dat naarmate een werknemer langer in dienst is, zijn leven in mentaal, sociaal, financieel en carrièrtechnisch opzicht sterker op de organisatie van de werkgever zal zijn afgestemd, zodat een ontslag steeds pijnlijker wordt.

<sup>248</sup> Uitspraken 98, 123, 162 en 200.

<sup>249</sup> Uitspraken 9, 10, 65, 78, 100, 103, 108, 119, 128, 138, 148, 164, 178, 211, 216, 258, 272, 280, 298 en 331.

Dan de zaken waarin *geen* dringende reden werd aangenomen. Dat geeft een minder gevarieerd beeld te zien. Van de 38 uitspraken die in deze categorie vallen, werd de duur van het dienstverband in slechts één uitspraak ten nadele van de werknemer uitgelegd. Het Hof Den Bosch oordeelde in zijn arrest van 30 maart 2010,<sup>250</sup> dat de werkneemster, mede gelet op de duur van het dienstverband (31 jaar), ervan doordrongen was welke integriteitseisen aan haar functie worden gesteld. In een andere uitspraak was niet duidelijk hoe de duur van het dienstverband aan de beoordeling heeft bijgedragen,<sup>251</sup> maar in de overige 36 zaken,<sup>252</sup> dus in het overgrote deel, is deze factor in het voordeel van de werknemer in de beschouwing betrokken. Dat blijkt niet steeds expliciet uit de uitspraken zelf, zoals in het arrest van het Hof Leeuwarden van 17 maart 2009,<sup>253</sup> maar kan wel uit de motivering worden afgeleid.

Wanneer we spreken over ‘de duur van het dienstverband’, waar gaat het dan concreet om? Bij de beantwoording van deze vraag dient onderscheid te worden gemaakt tussen verschillende categorieën. In de eerste plaats de zaken waarin de (relatief) korte duur van het dienstverband ten nadele van de werknemer werd uitgelegd.<sup>254</sup> Daarbij ging het om dienstverbanden van één jaar en vier maanden, twee jaar en zes maanden en een arbeidsovereenkomst die slechts twee maanden had geduurd.<sup>255</sup>

In de zaken waarin wel een dringende reden voor ontslag op staande voet werd aangenomen, is het gezichtspunt in vier zaken in het nadeel van de werknemer meegewogen. De duur van het dienstverband was in die zaken gemiddeld 22,3 jaar.<sup>256</sup>

---

<sup>250</sup> Uitspraak 175.

<sup>251</sup> Uitspraak 117.

<sup>252</sup> Namelijk de uitspraken 1, 13, 16, 19, 33, 50, 55, 64, 67, 70, 73, 106, 113, 121, 132, 147, 153, 157, 163, 186, 205, 206, 208, 209, 242, 245, 247, 257, 264, 276, 287, 297, 303, 304, 314 en 325.

<sup>253</sup> Uitspraak 113.

<sup>254</sup> Ook in uitspraak 116 werd de relatief korte duur van het dienstverband in de beschouwing betrokken. In de regel is dat, zo blijkt uit de andere uitspraken, niet in het voordeel van de werknemer, maar in de genoemde uitspraak werd geoordeeld dat de korte duur van het dienstverband, samen met enkele andere aspecten, niet afdoet aan het ontslag op staande voet. Zo lijkt het echter dat de rechter de duur van het dienstverband toch als een bevrijdend gezichtspunt heeft gezien.

<sup>255</sup> Zie – in dezelfde volgorde – de uitspraken 5, 36 en 263. Uit uitspraak 301 is niet af te leiden hoe lang het dienstverband heeft geduurd.

<sup>256</sup> Zie de zaken 98, 162, 175 en 200, waarin het dienstverband 28 respectievelijk 21, 31 en 9 jaar had geduurd.



Als gezegd zijn er 20 uitspraken waarin ondanks de duur van het dienstverband een dringende reden is aangenomen.<sup>257</sup> De duur van het dienstverband bedroeg in die zaken gemiddeld 12 jaar.<sup>258</sup> Wanneer de verschillen in duur schematisch worden weergegeven, ziet dat er als volgt uit.

Categorie	Aantal	Uitspra(a)k(en)
0 tot en met 4 jaar	3	10, 138 en 258
5 tot en met 9 jaar	2	211 en 331
10 tot en met 14 jaar	8	34, 65, 100, 103, 108, 128, 164 en 272
15 tot en met 19 jaar	-	-
20 tot en met 24 jaar	2	148 en 280
25 tot en met 29 jaar	1	78

In de zaken waarin geen dringende reden werd aangenomen en waarin de onderhavige factor wel in het voordeel van de werknemer was meegewogen, was de gemiddelde duur van het dienstverband<sup>259</sup> 19,9 jaar. De in deze berekening betrokken jaren lopen uiteen van 5 jaar tot maar liefst 38 jaar. Wanneer de duur van het dienstverband in blokken van vijf jaar wordt onderverdeeld, ontstaat het volgende beeld.

Categorie	Aantal	Uitspraken
0 tot en met 4 jaar	-	-
5 tot en met 9 jaar	5	50, 67, 113, 257 en 297
10 tot en met 14 jaar	7	1, 121, 153, 186, 245, 314 en 325
15 tot en met 19 jaar	7	13, 33, 70, 147, 157, 242 en 287
20 tot en met 24 jaar	5	16, 73, 163, 205 en 247
25 tot en met 29 jaar	3	19, 55 en 64
30 tot en met 34 jaar	4	132, 209, 276 en 304
35 tot en met 39 jaar	5	106, 206, 208, 264 en 303

De gemiddelde duur in de categorieën wel of geen dringende reden bedraagt 12 tegenover bijna 20 jaar. We zien dat in de zaken waarin geen dringende reden

<sup>257</sup> Zie voetnoot 249.

<sup>258</sup> In de berekening konden slechts 16 uitspraken worden meegenomen, aangezien in een viertal uitspraken de duur van het dienstverband niet was genoemd en daar ook niet uit kon worden afgeleid.

<sup>259</sup> In zaken waarin in de beoordeling uitdrukkelijk aandacht aan dit gezichtspunt is besteed. De in de berekening betrokken duur van het dienstverband is steeds op hele jaren afgerond.

voor ontslag op staande voet is aangenomen (veel) vaker sprake is van een (heel) lang dienstverband. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat een (heel) lang dienstverband vaker bijdraagt aan het oordeel dat de werknemer ten onrechte op staande voet werd ontslagen dan in gevallen waarin de werknemer minder lang in dienst is geweest.

In veel uitspraken wordt volstaan met de mededeling dat de duur van het dienstverband (al dan niet door die duur ook expliciet te benoemen) in de beoordeling is meegenomen, waaraan wordt toegevoegd dat mede gelet op deze omstandigheid van een dringende reden niet kan worden gesproken,<sup>260</sup> dan wel dat ondanks deze factor wel sprake is van een dringende reden.<sup>261</sup> Regelmatig wordt – in zaken waarin een dringende reden is aangenomen – overwogen dat andere omstandigheden, waaronder de duur van het dienstverband, niet tot een ander oordeel kunnen leiden.<sup>262</sup> Op welke wijze dit gezichtspunt precies aan de oordeelsvorming van de rechter heeft bijgedragen, blijkt dan niet uit de uitspraak. Uit veel uitspraken volgt dus dat de rechter er wel blijk van heeft gegeven dat hij de duur van het dienstverband in de beschouwing heeft betrokken, maar slechts af en toe blijkt ook op welke wijze dat is gebeurd.

Soms echter wordt wel nader invulling gegeven aan het derde gezichtspunt. We zien dat de duur van het dienstverband in sommige gevallen een bepaalde verantwoordelijkheid van de werknemer meebrengt. Zo overwoog het Hof Amsterdam bij arrest van 13 januari 2009,<sup>263</sup> dat van de werknemer, mede gelet op zijn lange dienstverband (28 jaar), verwacht mocht worden de ernst van de risico's ter bescherming waartegen het verbod onder invloed van alcohol op de werkplek te verschijnen is gegeven, ten volle te onderkennen en zich daarnaar te kunnen gedragen. Deze overweging lijkt door de Kantonrechter Enschede te zijn gebruikt in zijn vonnis van 13 augustus 2010.<sup>264</sup> De kantonrechter overwoog dat de werknemer, mede gelet op het lange dienstverband, geacht mocht worden de ernst van de risico's waartegen het rookverbod is gegeven te onderkennen en zich daarnaar te kunnen gedragen.

---

<sup>260</sup> Vgl. de uitspraken 33, 50, 67, 70, 106, 121, 147, 153, 206, 208, 209, 242, 245, 257, 264, 287, 297, 303, 304, 314 en 325.

<sup>261</sup> Uitspraken 9, 10, 65, 108, 148, 162, 183, 216, 253, 272 en 280.

<sup>262</sup> Zie daarvoor de uitspraken 78, 100, 103, 116, 119, 126, 128, 164, 178, 211, 258, 298 en 331.

<sup>263</sup> Uitspraak 98.

<sup>264</sup> Uitspraak 200. Zie in gelijke zin eerder al Hof Den Haag 11 februari 2005, JAR 2005/114, waarover Sagel 2009, p. 78.

Eenzelfde soort overweging is te vinden in het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 21 januari 2010.<sup>265</sup> De rechter overwoog dat de werknemer, die een ruime werkervaring had binnen de bank (namelijk 21 jaar), zich ervan bewust had moeten zijn dat hij de binnen ABN AMRO geldende vertrouwelijkheidsregels schond. Ik wijs in dit kader ook op een uitspraak van het Hof Den Bosch. Dit hof oordeelde in het arrest van 30 maart 2010<sup>266</sup>, dat de werkneemster, mede gelet op de duur van het dienstverband (te weten 31 jaar), ervan doordrongen had moeten zijn welke strikte integriteitseisen aan haar functioneren werden gesteld en welke gevolgen niet-naleving van deze eisen zouden kunnen hebben.

Tegenover deze voor de werknemer niet goed afgelopen zaken staat het arrest van het Hof Den Bosch van 7 september 2010.<sup>267</sup> Naar het oordeel van het hof had de werknemer, toen hij – terwijl hij gedeeltelijk arbeidsongeschikt was – op drie verschillende dagen aan zijn eigen huis kluste, na een dienstverband van ongeveer 20 jaar niet hoeven te begrijpen dat het (niet structureel) verrichten van werkzaamheden aan zijn eigen woning grond zou kunnen vormen voor een ontslag op staande voet.

De (lange) duur van het dienstverband kan ook bepaalde verantwoordelijkheden voor de werkgever meebrengen. Zo oordeelde het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen in het vonnis van 25 januari 2010<sup>268</sup> dat het, mede gelet op het langdurige dienstverband (van 20 jaar), op de weg van de werkgever had gelegen om te trachten met de werknemer in gesprek te blijven en in onderling overleg tot een oplossing te komen. Naar het oordeel van de rechter was niet gebleken dat dit (voldoende) was gebeurd. In dit verband komt voorts belang toe aan het arrest van het Hof Amsterdam van 15 juni 2010.<sup>269</sup> In deze zaak was de werknemer op staande voet ontslagen wegens herhaalde werkweigering, de weigering tot het verrichten van passende arbeid en tot het meewerken aan de re-integratie door het uitvoeren van passende arbeid. Het hof had vastgesteld dat de werknemer nimmer door de bedrijfsarts was onderzocht. Met betrekking tot de duur van het dienstverband oordeelde het gerechtshof dat de werkgever zich nader had moeten laten informeren over de gezondheidstoestand van de werknemer alvorens tot een zodanig ingrijpende maatregel als een ontslag op

---

<sup>265</sup> Uitspraak 162.

<sup>266</sup> Uitspraak 175.

<sup>267</sup> Uitspraak 205.

<sup>268</sup> Uitspraak 163.

<sup>269</sup> Uitspraak 186.

staande voet over te gaan. Het hof vervolgde dat dit te meer geldt nu de werknemer al 11 jaar in dienst was.

Het – ook hiervoor genoemde – arrest van het Hof Den Bosch van 7 september 2010,<sup>270</sup> dat ging over een werknemer die tijdens gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid aan zijn eigen huis had geklust, is eveneens van belang. Het hof oordeelde dat van de werkgever verwacht had mogen worden dat hij de werknemer, die al 20 jaar bij hem in dienst was, had aangesproken en hem erop had gewezen dat zijn gedragingen een reden zouden kunnen zijn om tot ontslag op staande voet over te gaan. In lijn hiermee is het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 21 maart 2007,<sup>271</sup> waarin werd geoordeeld dat het, mede gelet op het bijna 15-jarig dienstverband, op de weg van de werkgever had gelegen eerst een laatste waarschuwing en daarmee een laatste kans aan de werknemer te geven. In dezelfde zin oordeelden het Hof Den Haag in zijn arrest van 19 april 2011<sup>272</sup> en het Hof Amsterdam bij arrest van 8 november 2011,<sup>273</sup> in welke uitspraak naast de waarschuwing ook de mogelijkheid van een berisping werd genoemd.<sup>274</sup>

Dat gelet op de duur van het dienstverband meer van de werkgever verwacht had mogen worden, speelde ten slotte ook een rol in het vonnis van de Kantonrechter Enschede van 3 mei 2007.<sup>275</sup> De kantonrechter overwoog dat het hem bevreemde dat de werknemer, mede gelet op zijn dienstverband van 23 jaar, zo weinig krediet van de werkgever had gekregen. De kantonrechter oordeelde de overtreding van de gedragsregels van ABN AMRO van te gering gewicht om het zwaarste middel dat het arbeidsrecht kent te rechtvaardigen.

Wanneer de uitspraken waarin aandacht is besteed aan het derde gezichtspunt nader onder de loep worden genomen, valt op dat de duur van het dienstverband vaak in één adem wordt genoemd met het volgende gezichtspunt, de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld.<sup>276</sup> Deze factor zal in de volgende paragraaf aan de orde komen.

---

<sup>270</sup> Uitspraak 205.

<sup>271</sup> Uitspraak 13.

<sup>272</sup> Uitspraak 247.

<sup>273</sup> Uitspraak 276.

<sup>274</sup> Zie over deze arbeidsrechtelijke maatregelen Koevoets 2006, p. 107. Zie ook Zondag 2008, p. 11 en 12.

<sup>275</sup> Uitspraak 16.

<sup>276</sup> Daarvan was bijvoorbeeld sprake in de uitspraken 50, 132, 157, 209, 242, 245, 247, 264, 276 en 297. Zie over deze ‘samensmelting’ ook de noot van Filippo onder uitspraak 65. Sagel heeft geschreven dat deze twee factoren niet afzonderlijk moeten worden beschouwd. Vgl. Sagel 2013, p. 312 e.v.

Een ander opvallend punt dat naar voren komt, is dat de duur van het dienstverband in diverse uitspraken onder het vijfde gezichtspunt, de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, wordt geschoven.<sup>277</sup> Dit terwijl beide factoren in het arrest Schrijver/Van Essen als afzonderlijke gezichtspunten zijn genoemd. Naar mijn idee kan dit ‘op één hoop gooien van beide gezichtspunten’ worden verklaard doordat in de regel wordt aangenomen dat een werknemer met een (heel) lang dienstverband (meer) bescherming verdient, maar toch is dit strikt genomen niet juist. Wanneer de duur van het dienstverband onder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer wordt begrepen, wordt daarmee aangegeven dat sprake is van een (voor de werknemer) bevrijdend gezichtspunt, in die zin dat deze factor uitsluitend in het voordeel van de werknemer kan werken.<sup>278</sup> Wanneer het (voorlopige) oordeel luidt dat sprake is van een dringende reden, zullen de persoonlijke omstandigheden van de werknemer uitsluitend tot het (uiteindelijke) oordeel kunnen leiden dat het ontslag op staande voet niet terecht is verleend. Het kan niet zo zijn dat juist de persoonlijke omstandigheden een bepaalde gedraging van de werknemer tot een dringende reden voor ontslag op staande voet maken. Hierboven zagen we al dat de duur van het dienstverband soms echter wel ten nadele van de werknemer wordt uitgelegd.

### **6.3.5 De wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld**

De wijze waarop de werknemer heeft gefunctioneerd kan mede bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of het ontslag op staande voet terecht is verleend, zo volgt uit het vierde door de Hoge Raad in het arrest Schrijver/Van Essen genoemde gezichtspunt. Het gaat daarbij uiteraard om het functioneren tot het moment waarop de aan het ontslag ten grondslag gelegde gedraging plaatsvond, hetgeen in sommige uitspraken ook met zoveel woorden naar voren komt.<sup>279</sup> De verweten gedraging zelf wordt immers al beoordeeld bij het eerste gezichtspunt.

Van de 331 onderzochte uitspraken is in 66 zaken in de beoordeling van het geschil aandacht besteed aan de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld. Van die 66 zaken werd in 22 uitspraken geoordeeld dat sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet.<sup>280</sup> Dat is dus in 33,3%. In 43 uitspraken, waarin op het vierde gezichtspunt

<sup>277</sup> Dat gebeurde in de uitspraken 1, 34, 55, 64, 73, 78, 138, 148 en 157.

<sup>278</sup> Zie hierover nader paragraaf 6.3.6.

<sup>279</sup> Ik wijs in dit verband op de uitspraken 1, 5, 55, 117, 153, 186, 257 en 303.

<sup>280</sup> Een dringende reden werd aangenomen in de uitspraken 5, 10, 34, 36, 65, 88, 98, 103, 108, 119, 123, 148, 162, 183, 195, 203, 211, 221, 222, 263, 280 en 283.

is ingegaan, werd geen dringende reden aangenomen.<sup>281</sup> Dat komt overeen met 65,2% van het totaal.<sup>282</sup> In slechts één uitspraak (1,5%) was nog niet bekend of er wel of geen sprake was van een geldig ontslag op staande voet.<sup>283</sup>

Zeer in het oog springt dat het gezichtspunt in nagenoeg alle zaken ten voordele van de werknemer is uitgelegd.<sup>284</sup> Dat was in niet minder dan 61 van de 66 zaken. Dat is maar liefst 92,4%. Ook in veel zaken waarin wel een dringende reden is aangenomen, is het onderhavige gezichtspunt ten voordele van de werknemer in de beschouwing betrokken. Zo overwoog de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam bij vonnis van 21 januari 2010,<sup>285</sup> dat het ontslag op staande voet mede gelet op het onberispelijke dienstverband van de werknemer een zwaar middel is, maar dat desondanks toch sprake is van een dringende reden.

Slechts in vijf van de 22 zaken waarin wel een dringende reden is aangenomen, heeft het gezichtspunt ten nadele van de werknemer gewerkt, waardoor het heeft bijgedragen aan het oordeel dat het ontslag op staande voet stand hield. Dat was allereerst het geval in het vonnis van de Kantonrechter Roermond van 20 mei 2009,<sup>286</sup> in welke zaak ABN AMRO de werknemer op staande voet had ontslagen wegens overtreding van de gedragsregels 'eigen bankzaken'. De kantonrechter oordeelde naar aanleiding van hetgeen de werkgever naar voren had gebracht dat niet gezegd kan worden dat de werknemer een onberispelijke staat van dienst heeft. De kantonrechter heeft daaraan toegevoegd dat de door de werknemer overgelegde personeelsbeoordelingen in het kader van de door hem verrichte handelingen in een ander daglicht komen te staan. Immers, niet valt in te zien dat ABN AMRO ook

---

<sup>281</sup> Zie daarvoor de uitspraken 1, 16, 19, 26, 33, 50, 55, 64, 67, 70, 106, 109, 113, 117, 121, 147, 153, 157, 163, 173, 176, 179, 186, 205, 206, 209, 239, 242, 245, 247, 257, 264, 270, 276, 281, 284, 287, 297, 303, 304, 306, 311 en 314.

<sup>282</sup> Zie in dit verband de noot van Zondag onder uitspraak 16. Zondag schreef dat in de lagere rechtspraak te gemakkelijk met een beroep op het lange dienstverband een ontslag op staande voet van de hand wordt gewezen. Vgl. in dit kader ook Duk, die juist schreef dat de rechtspraak van de Hoge Raad moeilijk anders kan worden gelezen dan dat de rechter er goed aan doet terughoudend te zijn met het aannemen van een dringende reden, zeker bij oudere werknemers met een lang en min of meer vlekkeloos dienstverband. Duk 2002, p. 14.

<sup>283</sup> Uitspraak 115, waarin het Hof Arnhem oordeelde dat bewijslevering ten aanzien van de gestelde dringende reden nodig is.

<sup>284</sup> Ook Sagel heeft er in zijn proefschrift op gewezen dat een langdurig vlekkeloos dienstverband vrijwel steeds een 'verzachtend' effect heeft in de weging. Sagel 2013, p. 311.

<sup>285</sup> Uitspraak 162.

<sup>286</sup> Uitspraak 123.

positieve beoordelingen had gegeven indien zij bekend was geweest met al het handelen in strijd met dwingende voorschriften.

Een tweede voorbeeld van een zaak waarin het gezichtspunt ten nadele van de werknemer in de beoordeling werd betrokken biedt het vonnis van de Kantonrechter Arnhem van 16 augustus 2011.<sup>287</sup> De rechter oordeelde dat de werkgever (onbetwist) heeft getracht het functioneren van de werknemer te laten verbeteren en ook heeft getracht hem te begeleiden bij de aanpak van zijn alcoholprobleem. In de derde plaats wijs ik op het arrest van het Hof Arnhem, dat is gewezen op 3 januari 2012.<sup>288</sup> Het hof bekrachtigde het vonnis van de Kantonrechter Lelystad, die eerder had geoordeeld dat sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Het hof overwoog dat de kantonrechter op goede gronden bij zijn oordeelsvorming had betrokken dat de werkgever eerder verwijten over de houding en de handelwijze van de werknemer had gemaakt. In een tweetal andere zaken ten slotte speelde een rol dat de werknemer eerder was gewaarschuwd voor vergelijkbare gedragingen als die aan het ontslag ten grondslag waren gelegd.<sup>289</sup>

In de vorige paragraaf kwam reeds aan de orde dat de wijze waarop de werknemer heeft gefunctioneerd regelmatig tezamen met de duur van het dienstverband (het derde gezichtspunt) wordt beoordeeld.<sup>290</sup> Ik wijs in dit verband naar hetgeen daarover in paragraaf 6.3.4 naar voren is gebracht.

De wijze van functioneren is, net als bij het derde gezichtspunt overigens, in sommige uitspraken geschaard onder de persoonlijke omstandigheden van de werknemer.<sup>291</sup> Om dezelfde reden als in de vorige paragraaf uiteengezet, acht ik dat niet juist. De persoonlijke omstandigheden kunnen namelijk uitsluitend een bevrijdend gezichtspunt opleveren, terwijl de wijze waarop de dienstbetrekking is vervuld, ook in het nadeel van de werknemer kan worden meegewogen, zo bleek hierboven.

In veel zaken wordt wel duidelijk dat de rechter het functioneren van de werknemer in zijn beoordeling heeft betrokken, maar hoe dat precies gebeurt en welk gewicht ten opzichte van de andere relevante factoren aan het gezichtspunt

---

<sup>287</sup> Uitspraak 263.

<sup>288</sup> Uitspraak 283.

<sup>289</sup> Dat was het geval in de zaken 88 en 98. Later in deze paragraaf zal nader worden ingegaan op de rol die een door de werknemer ontvangen waarschuwing kan spelen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet.

<sup>290</sup> Zie in dit kader de in voetnoot 276 genoemde uitspraken.

<sup>291</sup> Dat was het geval in de uitspraken 55, 64, 148 en 203.

toekomst, wordt vaak niet duidelijk. Met regelmaat wordt overwogen dat mede gelet op de wijze waarop de werknemer het dienstverband heeft vervuld, geen sprake is van een dringende reden.<sup>292</sup> Of – andersom – dat de wijze waarop de werknemer heeft gefunctioneerd niet kan afdoen aan het bestaan van een dringende reden,<sup>293</sup> dan wel dat de wijze van functioneren niet tot een ander oordeel leidt. Zo oordeelde de Kantonrechter Bergen op Zoom bij vonnis van 11 juni 2008<sup>294</sup>, dat het feit dat de werknemer naar tevredenheid heeft gefunctioneerd er als zodanig niet aan in de weg staat om het aan de werknemer verweten gedrag in de vorm van werkweigering als een dringende (ontslag)reden te kunnen aanmerken.

Bij bestudering van de lagere ontslag op staande voet-rechtspraak valt op dat het onderhavige gezichtspunt vaak wel wordt genoemd, maar niet wordt uitgewerkt.<sup>295</sup> Als er al enige invulling aan wordt gegeven, blijft het vaak bij de overweging dat:

- de werknemer zich als een goed werknemer heeft gedragen;<sup>296</sup>
- er geen klachten zijn over het functioneren van de werknemer;<sup>297</sup>
- de werknemer een (zeer)<sup>298</sup> goede,<sup>299</sup> onberispelijke<sup>300</sup> of onbesproken<sup>301</sup> staat van dienst heeft;
- de werknemer steeds goed<sup>302</sup> of naar behoren heeft gefunctioneerd;<sup>303</sup>
- niet kan worden gezegd dat de werknemer een onberispelijke staat van dienst heeft;<sup>304</sup>
- de werknemer naar tevredenheid heeft gefunctioneerd dan wel dat het dienstverband naar tevredenheid is vervuld;<sup>305</sup>

<sup>292</sup> In dit verband wijs ik op de uitspraken 1, 19, 50, 70, 113, 117, 121, 147, 173, 205, 206, 209, 239, 242, 245, 264, 270, 297, 303, 306 en 311.

<sup>293</sup> Vgl. de uitspraken 65, 103, 108 en 148.

<sup>294</sup> Uitspraak 67.

<sup>295</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraken 1, 4, 26, 36 en 55.

<sup>296</sup> Uitspraak 115.

<sup>297</sup> Uitspraak 117.

<sup>298</sup> Uitspraak 276.

<sup>299</sup> Uitspraken 65, 147, 162 en 205.

<sup>300</sup> Uitspraken 16, 108, 179 en 206. Dat sprake was van een ‘onberispelijk dienstverband’ kwam aan de orde in de uitspraken 163 en 222.

<sup>301</sup> Uitspraak 19.

<sup>302</sup> Uitspraken 26 en 245.

<sup>303</sup> Uitspraken 157, 239, 264 en 304.

<sup>304</sup> Uitspraak 123.

<sup>305</sup> Uitspraken 34, 50, 55, 64, 67 en 113.



- 
- de werknemer voortreffelijk heeft gefunctioneerd;<sup>306</sup>
  - onvoldoende is gebleken dat de werknemer eerder heeft gedysfunctioneerd;<sup>307</sup>
  - er geen (zwaarwegende)<sup>308</sup> op- of aanmerkingen over het functioneren van de werknemer waren;<sup>309</sup>
  - gesteld noch gebleken is dat de werknemer zich eerder schuldig heeft gemaakt aan werkweigering of ander gedrag dat in strijd is met het goed werknemerschap;<sup>310</sup>
  - de werknemer geen kritiek op zijn werkzaamheden heeft gekregen;<sup>311</sup>
  - zich in de werkrelatie geen problemen hebben voorgedaan;<sup>312</sup>
  - de werknemer een voorbeeldige werknemer is en dat hij geen negatieve op- en aanmerkingen over zijn functioneren heeft gehad;<sup>313</sup>
  - gesteld noch gebleken is dat de werknemer gedurende het dienstverband niet (voldoende) zou hebben gefunctioneerd;<sup>314</sup>
  - de werknemer naar wederzijdse tevredenheid in dienst is geweest;<sup>315</sup>
  - de werknemer kan bogen op een vlekkeloos arbeidsverleden;<sup>316</sup>
  - sprake is van een nagenoeg vlekkeloos verlopen dienstverband;<sup>317</sup>
  - het dienstverband vlekkeloos is;<sup>318</sup>
  - de werkgever altijd tevreden was met het functioneren;<sup>319</sup>
  - niet eerder gebleken is van ontoelaatbare gedragingen;<sup>320</sup>
  - de werkgever eerder verwijten heeft gemaakt over de houding en handelwijze van de werknemer;<sup>321</sup>
  - de werknemer zonder problemen bijna acht jaar bij de werkgever werkt;<sup>322</sup>

---

<sup>306</sup> Uitspraak 106.

<sup>307</sup> Uitspraak 36.

<sup>308</sup> Uitspraak 153.

<sup>309</sup> Uitspraak 173.

<sup>310</sup> Uitspraak 176.

<sup>311</sup> Uitspraak 183.

<sup>312</sup> Uitspraak 186.

<sup>313</sup> Uitspraak 195.

<sup>314</sup> Uitspraak 205.

<sup>315</sup> Uitspraak 209.

<sup>316</sup> Uitspraak 242.

<sup>317</sup> Uitspraak 270.

<sup>318</sup> Uitspraak 304.

<sup>319</sup> Uitspraak 280.

<sup>320</sup> Uitspraak 281.

<sup>321</sup> Uitspraak 283.

<sup>322</sup> Uitspraak 297.

- niet is gebleken dat er kritiek van betekenis is geweest over de wijze waarop de werknemer zijn taak vervulde;<sup>323</sup>
- niet gebleken is dat het functioneren van de werknemer eerder onderwerp van gesprek tussen partijen is geweest,<sup>324</sup> en
- dat van enig disfunctioneren van de werknemer niet is gebleken.<sup>325</sup>

In een enkele zaak echter is wel (wat) nader(e) invulling gegeven aan de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld. Dat is bijvoorbeeld het geval in het vonnis van de Kantonrechter Amsterdam van 1 juli 2008,<sup>326</sup> waarin aan de orde kwam dat de werknemer goede beoordelingen had gehad. In het arrest van het Hof Arnhem van 28 april 2009<sup>327</sup> werd overwogen dat uit de overgelegde beoordelingsformulieren volgt dat de werknemer goed werkte, hetgeen naar het oordeel van het hof ook blijkt uit de promotie naar teamleider die de werknemer had gehad. Ik wijs ook op de beschikking van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 20 april 2010,<sup>328</sup> waarin het hof vaststelde dat de werkneemster in het verleden zelfs uitdrukkelijk geprezen was om haar eerlijkheid. Verder noem ik nog het arrest van het Hof Den Bosch van 31 januari 2012.<sup>329</sup> In deze zaak kwam vast te staan dat de werkneemster (een filiaalleider) geliefd was bij haar medewerkers en dat zij haar werk altijd naar tevredenheid had uitgevoerd. Een bijzonder geval is de zaak die leidde tot het vonnis van de Kantonrechter Middelburg van 9 januari 2012.<sup>330</sup> In deze zaak was de herder van een schaapskudde op staande voet ontslagen, omdat hij – nadat partijen hadden besloten met wederzijds goedvinden uit elkaar te gaan – zelf een bijzonder afscheid had georganiseerd; de herder, gestoken in Schotse kleding en vergezeld van een doedelzakspeler, heeft de kudde uit de wei meegenomen en heeft een afscheidsronde door het dorp gemaakt. De werkgever wist deze – in de woorden van de kantonrechter – ludieke actie niet te waarderen en verleende de herder ontslag op staande voet. De kantonrechter achtte dit niet houdbaar en overwoog ten aanzien van het functioneren van de werknemer, dat hij jarenlang goed voor de kudde had gezorgd en deze heeft opgebouwd. Heel uitvoerig gaan deze uitspraken niet in

---

<sup>323</sup> Uitspraak 303.

<sup>324</sup> Uitspraak 306.

<sup>325</sup> Uitspraak 311.

<sup>326</sup> Uitspraak 70.

<sup>327</sup> Uitspraak 121.

<sup>328</sup> Uitspraak 179.

<sup>329</sup> Uitspraak 287.

<sup>330</sup> Uitspraak 284.

op het functioneren van de werknemer, maar ze geven wel aan waar het (in deze zaken) goede functioneren van de werknemer uit blijkt.<sup>331</sup>

Wanneer wordt aangenomen dat de werknemer goed heeft gefunctioneerd, kan dat meebrengen dat van de werkgever een andere opstelling mocht worden verwacht ten aanzien van het aan de werknemer gemaakte verwijt. Zo leidde het feit dat de werknemer goed had gefunctioneerd tot het oordeel van de Kantonrechter Enschede,<sup>332</sup> dat de werknemer te weinig krediet van de werkgever heeft gekregen door hem onmiddellijk op staande voet te ontslaan. De Kantonrechter Utrecht oordeelde in zijn vonnis van 23 december 2009<sup>333</sup> dat, nu niet gesteld of gebleken is dat er eerder reden is geweest om aan de integriteit van de werknemer te twijfelen, de werkgever ermee had kunnen volstaan de werknemer te waarschuwen. In gelijke zin luiden de arresten van het Hof Den Haag van 19 april 2011 en het Hof Amsterdam van 8 november 2011.<sup>334</sup> Ook in deze uitspraken werd geoordeeld dat, mede gelet op de wijze waarop de werknemer invulling aan het dienstverband had gegeven, de werkgever een laatste waarschuwing had moeten geven in plaats van tot het verlenen van ontslag op staande voet over te gaan. Een ander voorbeeld van een zaak waarin van de werkgever een andere houding mocht worden verwacht biedt de uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen van 25 januari 2010.<sup>335</sup> Het gerecht overwoog dat het, mede gelet op het onberispelijke dienstverband van de werknemer, op de weg van de werkgever had gelegen te trachten met de werknemer in gesprek te blijven en in onderling overleg tot een oplossing te komen.

Niet iedere (eerdere) misstap leidt tot het oordeel dat het onderhavige gezichtspunt ten nadele van de werknemer in de beoordeling moet worden betrokken. Dat blijkt onder andere uit enkele van de hierboven opgesomde formuleringen, maar dit wordt in sommige uitspraken ook uitdrukkelijk bevestigd. Zo volgt uit het vonnis van de Kantonrechter Haarlem van 30 juni 2011,<sup>336</sup> dat het moet gaan om met de verweten en aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde reden vergelijkbare incidenten. In lijn hiermee is de

---

<sup>331</sup> Ik moet hieraan toevoegen dat de rechter hier ook niet (verder) op hoeft in te gaan, indien over de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld tussen partijen geen discussie bestaat.

<sup>332</sup> Vonnis van 3 mei 2007 (uitspraak 16).

<sup>333</sup> Uitspraak 157.

<sup>334</sup> Uitspraak 247 respectievelijk 276.

<sup>335</sup> Uitspraak 163.

<sup>336</sup> Uitspraak 257.

uitspraak van de Kantonrechter Heerenveen van 16 mei 2012,<sup>337</sup> waarin werd overwogen dat niet gesteld of gebleken is dat de werknemer eerder betrokken is geweest bij een incident ‘zoals hiervoor omschreven’. De kantonrechter doelde hier op de reden die aan het ontslag op staande voet ten grondslag was gelegd, te weten het schoppen van een ondergeschikte.

Ten slotte ga ik in op de rol die een eerder door de werknemer gekregen waarschuwing of andere opgelegde sanctie kan spelen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Blijkens de onderzochte feitenrechtspraak speelt de omstandigheid dat de werknemer eerder een disciplinaire maatregel opgelegd heeft gekregen een niet onbelangrijke rol.<sup>338</sup> In 30 uitspraken werd op enigerlei wijze van belang geacht dat aan de betrokken werknemer eerder al een waarschuwing was opgelegd.<sup>339</sup> In niet minder dan 21 van deze zaken werd een dringende reden voor ontslag op staande voet aangenomen.<sup>340</sup> Een eerdere waarschuwing voor eenzelfde of een vergelijkbare gedraging levert daarmee in beginsel een voor de werknemer belastende omstandigheid op. Dat is zeker het geval indien de werknemer eerder ter zake van soortgelijk gedrag als aan het ontslag op staande voet ten grondslag is gelegd is gewaarschuwd én de werknemer vervolgens ook beterschap heeft beloofd, zoals aan de orde was in de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Leeuwarden van 13 maart 2012.<sup>341</sup>

Wanneer deze (21) uitspraken nader onder de loep worden genomen valt allereerst op dat van belang is of in de (schriftelijke) waarschuwing ook melding is gemaakt van het feit dat een volgende misstap tot ontslag op staande voet zou kunnen leiden.<sup>342</sup> In zijn arrest van 11 april 2008<sup>343</sup> stelde het Hof Den Haag vanwege een dergelijke maatregel vast ‘dat de werknemer gewaarschuwd was’.<sup>344</sup>

---

<sup>337</sup> Uitspraak 314.

<sup>338</sup> In gelijke zin Sagel 2013, p. 275.

<sup>339</sup> Dat was het geval in de uitspraken 9, 28, 45, 51, 55, 61, 62, 85, 87, 88, 97, 98, 105, 107, 116, 131, 159, 161, 170, 201, 213, 241, 258, 260, 286, 289, 298, 307, 309 en 324.

<sup>340</sup> Zie daarvoor de uitspraken 9, 28, 45, 61, 62, 85, 87, 88, 98, 105, 116, 159, 213, 241, 258, 286, 289, 298, 307, 309 en 324. In de andere zaken werd geoordeeld dat geen sprake was van een dringende reden, met uitzondering overigens van uitspraak 170, waarin het oordeel van de rechter nog niet bekend was.

<sup>341</sup> Uitspraak 298.

<sup>342</sup> Vgl. de uitspraken 9, 85, 286 en 289.

<sup>343</sup> Uitspraak 61.

<sup>344</sup> Zie ook uitspraak 88, waarin werd overwogen dat ‘de werknemer een gewaarschuwd man was’, alsmede uitspraak 159, waarin werd geoordeeld dat ‘de werknemer een

Dat een waarschuwing met daaraan gekoppeld de mogelijkheid van ontslag op staande voet bij een volgende overtreding niet in alle gevallen ook daadwerkelijk tot een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst leidt, blijkt uit het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 16 januari 2008,<sup>345</sup> waarin de kantonrechter had vastgesteld dat de werkneemster wegens eerdere overtredingen van het bedrijfsreglement ervoor was gewaarschuwd dat een nieuwe overtreding tot ontslag op staande voet zou leiden. Andere factoren gaven in deze zaak echter de doorslag, aangezien geen dringende reden werd aangenomen.

Overigens kan uit het feit dat de werknemer eerder uitdrukkelijk is gewaarschuwd onder omstandigheden wel worden afgeleid dat het hem duidelijk moest zijn dat de werkgever een volgende misstap niet zou tolereren en dat ontslag op staande voet zou volgen. Dat dit de werknemer niet met zoveel woorden is aangezegd, maakt het ontslag op staande voet niet nietig, zo oordeelde het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba in zijn uitspraak van 16 september 2008.

In sommige gevallen eist de rechter wel een eerdere uitdrukkelijke waarschuwing, ook voor wat betreft de mogelijke gevolgen van een volgende overtreding. Ik noem in dit verband het vonnis van de Kantonrechter Maastricht van 29 december 2010.<sup>346</sup> In deze zaak overwoog de kantonrechter dat de werkgever voorafgaand aan het ontslag op staande voet nimmer een (schriftelijke) waarschuwing aan de werknemer heeft gegeven waarin ook de mogelijke gevolgen van het negeren van die waarschuwing zijn medegedeeld.<sup>347</sup> Naar het oordeel van de kantonrechter getuigt dat niet van goed werkgeverschap.

In zaken waarin de werknemer wel eerder een waarschuwing had ontvangen, maar geen dringende reden werd aangenomen, kan een rol spelen dat de waarschuwing betrekking had op een andere gedraging dan aan het ontslag op staande voet ten grondslag was gelegd. Daarvan was bijvoorbeeld sprake in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof Amsterdam van 24 februari 2009.<sup>348</sup> In deze zaak was de werknemer op staande voet ontslagen vanwege het

---

nadrukkelijk gewaarschuwd man was die in zijn handel en wandel als werknemer bij Mezutec terdege op zijn tellen diende te passen.’

<sup>345</sup> Uitspraak 51.

<sup>346</sup> Uitspraak 223.

<sup>347</sup> Zie in vergelijkbare zin de uitspraken 122 en 247.

<sup>348</sup> Uitspraak 107.

kort voor sluitingstijd in eigen kleding (en dus niet in bedrijfskleding) helpen van een collega in een winkel van de werkgever, hetgeen in strijd was met het bedrijfsreglement. Het hof overwoog dat de werknemer eerder was gewaarschuwd wegens een *andere* overtreding, te weten het dragen van een neuspiercing onder werktijd, welke waarschuwing door de werknemer overigens ter harte was genomen.<sup>349</sup>

Uit het voorgaande zou kunnen worden afgeleid dat alleen de omstandigheid dat de werknemer eerder een waarschuwing heeft gehad in de rechtspraak van belang wordt geacht. Dat is niet juist. In een achttal zaken werd namelijk de aandacht gevestigd op het feit dat juist *niet* eerder was gewaarschuwd.<sup>350</sup>

Bovendien gaat het niet uitsluitend om zaken waarin de werknemer eerder een waarschuwing had ontvangen. In een drietal zaken ging het om een eerdere berisping van de werknemer,<sup>351</sup> terwijl in het arrest van het Hof Arnhem van 3 januari 2012<sup>352</sup> uitsluitend werd overwogen dat de werknemer eerder een disciplinaire maatregel was opgelegd.

### **6.3.6 De persoonlijke omstandigheden van de werknemer**

In het arrest Schrijver/Van Essen heeft de Hoge Raad bepaald dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waaronder diens leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben, van belang kunnen zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. De persoonlijke omstandigheden van de werknemer vormen het vijfde en tevens laatste uit Schrijver/Van Essen voortvloeiende gezichtspunt.

Het is zonder enige twijfel dat een ontslag op staande voet voor de werknemer ingrijpende gevolgen heeft.<sup>353</sup> Van de ene op de andere dag verliest hij zijn baan en daardoor zijn inkomen. Tegelijkertijd zal in de regel geen aanspraak kunnen worden gemaakt op een uitkering krachtens de WW.<sup>354</sup> In art. 27 lid 1 van deze wet is bepaald dat de uitkering blijvend wordt geweigerd indien de werknemer de verplichting als bedoeld in art. 24 lid 1 sub a WW niet is nagekomen. Deze

---

<sup>349</sup> Zie voorts de uitspraken 131 en 161, waarin eveneens werd geoordeeld dat het om een andere situatie ging.

<sup>350</sup> Het betreft de uitspraken 58, 122, 141, 144, 223, 227, 247 en 261.

<sup>351</sup> Uitspraken 20, 120 en 249.

<sup>352</sup> Uitspraak 283.

<sup>353</sup> Onder andere Loonstra & Zondag 2010, p. 425.

<sup>354</sup> Vgl. de uitspraken 242, 249, 303 en 311. Zie hierover Asser/Heerma van Voss 7-V\* 2008, nr. 371 en Loonstra & Zondag 2010, p. 425.

verplichting houdt in dat de werknemer moet voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt. Daarvan is, blijkens lid 2 sub a, sprake indien aan de werkloosheid een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW ten grondslag ligt en de werknemer ter zake een verwijt kan worden gemaakt.<sup>355</sup>

Dit gevolg en mogelijke andere gevolgen vallen, tezamen met de leeftijd van de werknemer, onder de persoonlijke omstandigheden, die een rol (kunnen) spelen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Van de vijf in het arrest Schrijver/Van Essen genoemde gezichtspunten, heeft de onderhavige factor wel het meeste stof doen opwaaien en pennen in beweging gezet.<sup>356</sup>

---

<sup>355</sup> In paragraaf 6.2.1 zagen we dat – blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad – voor een geldig ontslag op staande voet niet (steeds) vereist is dat de werknemer een verwijt treft. Voor het recht op een uitkering krachtens de WW speelt deze omstandigheid wel een rol. Vgl. hierover Klosse & Noordam 2010, p. 91. Vgl. ook Lanting 2009, p. 24 e.v.

<sup>356</sup> Zie bijvoorbeeld Van den Heuvel, die heeft geschreven het onjuist te achten dat de persoonlijke omstandigheden worden betrokken in het oordeel over de vraag of sprake is van een dringende reden. Van den Heuvel 2001, p. 83: ‘De uitspraak van de Hoge Raad betekent onder meer, dat de werkgever de gevolgen van het ontslag op staande voet voor de werknemer al moet verdisconteren in zijn beslissing hem op staande voet te ontslaan. De Hoge Raad staat hem niet toe zich te beperken tot de aard en de ernst van de daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer maar dwingt hem zaken als de aard en duur van de dienstbetrekking, de leeftijd en de gevolgen van het ontslag op staande voet mede in zijn overwegingen om op staande voet te ontslaan te betrekken. Bijgevolg wordt ontslag op staande voet voor de werkgever een zeer riskante aangelegenheid.’ Van den Heuvel noemde op p. 96 het voorbeeld van een koksmaatje en een ervaren kok, die zich beiden schuldig hebben gemaakt aan diefstal van flessen wijn uit de kelder van het restaurant. Het resultaat van de beoordeling aan de hand van de hiervoor genoemde factoren kan tot de conclusie leiden dat het koksmaatje wel op staande voet kan worden ontslagen en dat de arbeidsovereenkomst van de ervaren kok, gelet op de duur van zijn (lange) dienstverband, uitsluitend kan worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn. Van den Heuvel stelt zich dan ook op het standpunt dat de gevolgen van het ontslag niet moeten worden verdisconteerd in het oordeel over de vraag of sprake is van een dringende reden, maar dat deze aan de orde behoren te komen bij de toets of de opzegging kennelijk onredelijk is. Deze weg heeft de Hoge Raad in het arrest Schrijver/Van Essen echter afgesneden. Aldus de Hoge Raad kan een geldig ontslag op staande voet niet tevens kennelijk onredelijk zijn, op grond waarvan de werknemer aanspraak zou kunnen maken op betaling van een schadevergoeding. Van den Heuvel heeft zich tegen dit oordeel van de Hoge Raad gekeerd. De Kantonrechter Leiden oordeelde in zijn vonnis van 28 mei 2008, JAR 2008/231, dat een aan de werknemer gegeven ontslag op staande voet wegens bedreiging stand hield, maar vanwege de gevolgen kennelijk onredelijk was. Een misser, aldus Schaink 2008, p. 3 e.v. Zie over het betrekken van de persoonlijke omstandigheden van de werknemer bij de vraag of sprake

Bestudering van de lagere rechtspraak heeft uitgewezen dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer in 88 van de 331 uitspraken in meer of mindere mate een rol hebben gespeeld in de beoordeling van de rechter. Dat komt overeen met 26,6% van het totaal aantal zaken. In 49 van die 88 zaken (55,7%) werd een dringende reden voor ontslag op staande voet aangenomen,<sup>357</sup> terwijl in 37 zaken (42,0%) een dringende reden ontbrak.<sup>358</sup> In de (overige) twee zaken (2,3%) was het oordeel van de rechter nog niet bekend.<sup>359</sup>

Dat de zaken waarin wel een dringende reden is aangenomen hier in de meerderheid zijn, zegt iets over het gewicht dat in de lagere rechtspraak aan deze factor wordt toegekend. Het gaat hier immers om een bevrijdend gezichtspunt, dat uitsluitend in het voordeel van de werknemer kan werken. Wanneer steeds zeer veel gewicht of zelfs doorslaggevend belang aan de persoonlijke omstandigheden – die vrijwel zonder uitzondering zeer ernstig zijn – zou worden toegekend, zou dat betekenen dat een ontslag op staande voet in veel zaken voor de werkgever geen haalbare kaart (meer) is. Overigens kan het gegeven dat de persoonlijke omstandigheden wel meetellen, maar niet heel zwaar wegen, ook worden afgeleid uit de rechtspraak van de Hoge Raad. In diverse arresten, waaronder Schrijver/Van Essen, is namelijk uitdrukkelijk overwogen dat ook indien de gevolgen voor de werknemer ingrijpend zijn, een afweging van de persoonlijke omstandigheden tegen de aard en ernst van de dringende reden tot de slotsom kan leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch gerechtvaardigd is.<sup>360</sup>

In bepaalde gevallen kan het zo zijn dat het best meevalt met de gevolgen die een ontslag op staande voet voor de werknemer heeft. Echter, die omstandigheid maakt nog niet dat dit gezichtspunt een belastend, in plaats van een bevrijdend, gezichtspunt wordt. Nog altijd kunnen de persoonlijke omstandigheden in het

---

is van een dringende reden ook Van Staden ten Brink 2005, p. 18, waar is geschreven dat de door de Hoge Raad ontwikkelde theorie, waarbij een ontslag op staande voet moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, zo'n ontslag wel tot een lastige en riskante zaak maakt. Van Staden ten Brink wierp in dit kader de vraag op wat een werkgever nu van de problemen van zijn werknemer weet.

<sup>357</sup> Dat zijn de uitspraken 5, 6, 9, 10, 11, 14, 27, 34, 58, 61, 78, 87, 88, 89, 96, 98, 100, 103, 116, 119, 128, 135, 138, 148, 164, 177, 178, 183, 200, 204, 205, 211, 214, 215, 216, 221, 231, 243, 248, 258, 267, 272, 280, 283, 285, 288, 302, 307 en 309.

<sup>358</sup> Uitspraken 1, 21, 33, 50, 55, 64, 70, 73, 90, 95, 97, 106, 117, 131, 139, 140, 157, 175, 176, 190, 206, 208, 239, 242, 261, 264, 281, 284, 293, 297, 300, 303, 304, 311, 314 en 325.

<sup>359</sup> Zie de uitspraken 126 en 170.

<sup>360</sup> Vgl. paragraaf 6.2.1.



voordeel van de werknemer werken, zij het dat bij beperkte gevolgen minder gewicht aan deze factor zal worden toegekend, waardoor deze factor in mindere mate voor de werknemer spreekt.

Ik wijs in dit verband op het vonnis van de Kantonrechter Amsterdam van 30 januari 2007.<sup>361</sup> De kantonrechter overwoog in deze zaak dat de gevolgen van het ontslag voor de werknemer beperkt zijn, doordat de arbeidsverhouding toch nog maar twee maanden zou duren, het werk een bijbaantje was en de werknemer voor zijn inkomen niet louter en alleen van het loon uit dit bijbaantje afhankelijk was, terwijl de werknemer bovendien nog jong is en in staat moet worden geacht op korte termijn een vergelijkbaar bijbaantje te vinden. Een ander voorbeeld van beperkte gevolgen voor de werknemer biedt het vonnis van de Kantonrechter Zwolle, eveneens van 30 januari 2007,<sup>362</sup> waarin werd geoordeeld dat het verschil tussen enerzijds de ernst van de verwijten aan het adres van de werknemer en anderzijds de relatief geringe gevolgen van het ontslag op staande voet, maakt dat de balans ten gunste van de werkgever doorslaat. Dat de gevolgen relatief beperkt waren kwam doordat aan het ontslag op staande voet geen consequentie voor wat betreft de WW-uitkering was verbonden. De werknemer had die uitkering namelijk gekregen en behouden, hoewel hij de (destijds) CWI over het ontslag op staande voet had geïnformeerd. Ook speelde mee dat de arbeidsovereenkomst ook zonder ontslag op staande voet zou zijn geëindigd en wel al enkele uren later. De gestelde slechtere positie op de arbeidsmarkt had de werknemer, zo overwoog de kantonrechter, ook gehad indien hij niet op staande voet was ontslagen. Het ontslag heeft ‘slechts’ tot gevolg gehad dat de werknemer een uitkering op grond van het sociaal plan is misgelopen, maar daarmee was hij naar het oordeel van de kantonrechter beduidend beter af dan de meeste andere werknemers die op staande voet ontslag krijgen. Ten slotte is in dit verband de uitspraak van de Kantonrechter Zwolle van 26 april 2011<sup>363</sup> van belang. In deze zaak kwam aan de orde dat de arbeidsovereenkomst reeds door de werknemer zelf was opgezegd, zodat de gevolgen van het ontslag op staande voet beperkt zijn gebleven, aangezien de dienstbetrekking toch op korte termijn zou eindigen.

In enkele uitspraken kwam aan de orde welk gewicht aan de persoonlijke omstandigheden van de werknemer wordt toegekend. Dat is allereerst het geval in het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse

---

<sup>361</sup> Uitspraak 5.

<sup>362</sup> Uitspraak 6.

<sup>363</sup> Uitspraak 248.

Antillen en Aruba van 27 augustus 2010.<sup>364</sup> In deze zaak overwoog het hof dat, gelet op de aard van de verzuimen van de werknemer en de gevolgen die deze voor de werkgever kunnen hebben, de door de werknemer aangevoerde persoonlijke omstandigheden niet zwaarwichtig genoeg zijn om de werkgever van het ontslag te weerhouden. In enkele andere zaken oordeelde de rechter dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer onvoldoende gewicht in de schaal leggen<sup>365</sup> c.q. dat deze omstandigheden minder zwaar wegen.<sup>366</sup> Het Hof Den Haag gebruikte in zijn arrest van 14 april 2009<sup>367</sup> de metafoor van de weegschaal. Het hof oordeelde dat de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet ontkennend moet worden beantwoord, omdat ‘er teveel aan de andere kant van de weegschaal ligt’. De in het voordeel van de werknemer sprekende gezichtspunten waren in deze zaak dus van meer gewicht en hebben uiteindelijk de doorslag gegeven.

In een tweetal zaken is uitdrukkelijk overwogen dat het belang van de werkgever zwaarder weegt dan de gevolgen voor de werknemer.<sup>368</sup> Ik wijs in dit kader op het vonnis van de Kantonrechter Enschede van 13 augustus 2010,<sup>369</sup> waarin werd geoordeeld dat de werknemer zich na de herhaalde nieuwsbrieven over het rookbeleid en een e-mail waarin was aangekondigd dat op overtreding van het rookverbod ontslag op staande voet zou volgen, niet meer achter zijn persoonlijke belangen en omstandigheden kon verschuilen. Interessant is ook het vonnis van de Kantonrechter Groningen van 24 september 2009.<sup>370</sup> In deze uitspraak overwoog de kantonrechter dat, zeker ten aanzien van een bedrijfsleider, heeft te gelden dat een werkgever onvoorwaardelijk moet kunnen vertrouwen op de integriteit, loyaliteit en betrouwbaarheid van een werknemer. De kantonrechter vervolgde dat, indien dat vertrouwen geschonden is, het belang van de werkgever ‘volgens vaste jurisprudentie’ dient te prevaleren boven de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. In deze uitspraak is geen verwijzing naar de bedoelde ‘vaste rechtspraak’ opgenomen, terwijl mij ook geen jurisprudentie bekend is waaruit volgt dat voor bepaalde gevallen een bepaalde weging van diverse gezichtspunten wordt voorgeschreven.

---

<sup>364</sup> Uitspraak 204.

<sup>365</sup> Zie de uitspraken 98, 128 en 164.

<sup>366</sup> Uitspraak 135.

<sup>367</sup> Uitspraak 117.

<sup>368</sup> Vgl. de uitspraken 215 en 243.

<sup>369</sup> Uitspraak 200.

<sup>370</sup> Uitspraak 138.

Voordat wordt ingegaan op de manier waarop in de lagere rechtspraak invulling is gegeven aan de diverse persoonlijke omstandigheden van de werknemer, merk ik op dat in veel gevallen waarin wel een dringende reden is aangenomen, niet (uitvoerig) is vermeld waarom ondanks de persoonlijke omstandigheden van de werknemer tot dat oordeel is gekomen. Met regelmaat wordt namelijk overwogen dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer niet afdoen aan het bestaan van een dringende reden of dat deze omstandigheden niet tot een ander oordeel leiden.<sup>371</sup> Van de 49 zaken waarin een dringende reden is aangenomen, werd het beroep op de persoonlijke omstandigheden in niet minder dan 19 uitspraken (hetgeen 38,8% is) met een dergelijke overweging verworpen. De werknemer moet het daar dan mee doen...

De wijze waarop in de lagere rechtspraak invulling is gegeven aan het vijfde gezichtspunt is zeer divers. In verschillende uitspraken is alleen ingegaan op de leeftijd van de werknemer,<sup>372</sup> terwijl in andere zaken juist alleen aandacht is besteed aan de gevolgen van het ontslag voor de werknemer.<sup>373</sup> In de meeste zaken is overigens zowel ingegaan op de leeftijd als op de gevolgen.<sup>374</sup> Ook andere persoonlijke omstandigheden komen voor, zoals in paragraaf 6.3.6.3 nader zal worden besproken. Met regelmaat komt het voor dat in de uitspraak wel is vermeld dat rekening is gehouden met (de) persoonlijke omstandigheden van de werknemer, maar dat dit verder niet is uitgewerkt.<sup>375</sup> De uitspraken waarin dat wel is gebeurd,<sup>376</sup> komen hieronder bij de verschillende categorieën aan de orde.

#### **6.3.6.1 De leeftijd van de werknemer**

In diverse van de bestudeerde uitspraken is vermeld dat rekening is gehouden met de leeftijd van de werknemer, echter zonder dit uit te werken. In 21 uitspraken werd de leeftijd van de werknemer wel expliciet bij de beoordeling

---

<sup>371</sup> Uitspraken 11, 14, 78, 89, 100, 116, 119, 126, 148, 175, 177, 178, 214, 221, 258, 272, 288, 302 en 307. Vgl. hierover Van der Kind 2012, p. 22, die schreef dat opvalt dat rechters zelden concreet aangeven waarom de afweging in het nadeel van de werknemer moet uitvallen en zich feitelijk beperken tot de conclusie dat het beroep van de werknemer op zijn persoonlijke omstandigheden hem niet kan baten.

<sup>372</sup> Uitspraken 73, 97 en 164.

<sup>373</sup> Uitspraken 6, 21, 58, 70, 88, 103, 126, 131, 138, 139, 157, 205, 206, 221, 249, 267, 272, 284 en 302.

<sup>374</sup> Uitspraken 1, 5, 9, 33, 34, 50, 55, 64, 78, 90, 95, 106, 116, 117, 128, 175, 176, 183, 200, 208, 211, 239, 242, 264, 281, 285, 303, 311, 314 en 325.

<sup>375</sup> Zie uitspraken 1, 27, 34, 58, 70, 88, 89, 90, 116, 117, 119, 139, 177, 178, 204, 216, 243, 267, 272 en 293.

<sup>376</sup> Vgl. onder andere de uitspraken 5, 6, 50, 55, 64, 103, 131, 183 en 249.

van het geschil genoemd.<sup>377</sup> De gemiddelde leeftijd in die zaken bedroeg 51,4 jaar. De laagst vermelde leeftijd was 34 jaar, terwijl de oudste werknemer 62 jaar oud was. Het gaat hierbij steeds om de leeftijd op het moment dat de werknemer op staande voet werd ontslagen.<sup>378</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat de leeftijd voornamelijk als een bevrijdend gezichtspunt wordt gebruikt. Deze factor wordt vrijwel steeds in de beoordeling betrokken wanneer het gaat om een oude(re) werknemer.

Hoewel hier een onderscheid is gemaakt tussen de leeftijd van de werknemer enerzijds en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem heeft anderzijds, is dit onderscheid blijkens de onderzochte zaken vaak niet zo strikt. Uit diverse uitspraken volgt namelijk dat de leeftijd en de gevolgen met elkaar samenhangen,<sup>379</sup> zo zal in de volgende paragraaf, waarin ook op de arbeidsmarktpositie van de werknemer wordt ingegaan, nader aan de orde komen.

Aan de factor leeftijd op zichzelf wordt niet heel veel gewicht toegekend. Steeds gaat het om de combinatie met andere factoren, die overigens nauw met de leeftijd van de werknemer verband houden. Het gaat hier bijvoorbeeld om de hierboven aangestipte positie van de werknemer op de arbeidsmarkt of het feit dat hij de pensioengerechtigde leeftijd nadert. De op staande voet ontslagen werknemer zal er dus goed aan doen nadrukkelijk te stellen dat zijn leeftijd in combinatie met andere relevante omstandigheden aan het aannemen van een dringende reden in de weg staat.<sup>380</sup>

#### **6.3.6.2 De gevolgen van een ontslag op staande voet**

In de inleiding van deze paragraaf kwam reeds aan de orde dat de gevolgen van een ontslag op staande voet voor de werknemer in beginsel niet gering zijn en dat een ontslag op staande voet vooral in financieel opzicht<sup>381</sup> hard kan

---

<sup>377</sup> Zie de uitspraken 1 (48 jaar), 33 (51 jaar), 34 (52 jaar), 50 (34 jaar), 55 (57 jaar), 64 (57 jaar), 96 (50 jaar), 97 (54 jaar), 183 (46 jaar), 200 (39 jaar), 211 (57 jaar), 242 (62 jaar), 264 (59 jaar), 281 (52 jaar), 285 (39 jaar), 297 (60 jaar), 303 (55 jaar), 304 (59 jaar), 311 (37 jaar), 314 (55 jaar) en 325 (56 jaar). In andere uitspraken werd de leeftijd niet expliciet vermeld, maar kon deze wel uit de beschrijving van de relevante feiten worden afgeleid. Dat was bijvoorbeeld het geval in uitspraak 78, waaruit door middel van de geboortedatum van de werknemer en de ontslagdatum kon worden bepaald dat de werknemer 55 jaar was.

<sup>378</sup> Zo werd uitdrukkelijk overwogen in onder andere de uitspraken 97 en 128.

<sup>379</sup> Zie de uitspraken 95, 96, 106, 176, 208, 239, 297 en 304.

<sup>380</sup> Vgl. Quist 2007c, p. 79-80.

<sup>381</sup> Vgl. hierover de uitspraken 200, 205, 206, 264 en 284. In uitspraak 126 werd gesproken over de 'mogelijke' financiële nadelen van het ontslag.

aankomen, aangezien de werknemer zijn baan en daarmee zijn inkomen verliest.<sup>382</sup> In sommige uitspraken wordt dit algemene uitgangspunt ook met zoveel woorden aangenomen.<sup>383</sup> Gelet op deze mogelijke (zeer zware)<sup>384</sup> gevolgen is het ontslag op staande voet dan ook een ingrijpende maatregel,<sup>385</sup> waardoor de werknemer zwaar getroffen kan worden.<sup>386</sup>

Die (financiële) gevolgen kunnen er, naast het niet krijgen van een WW-uitkering, ook uit bestaan dat geen aanspraak (meer) kan worden gemaakt op een overeengekomen beëindigingsvergoeding, zo volgt onder andere uit het vonnis van de Kantonrechter Leeuwarden van 17 augustus 2011.<sup>387</sup> De financiële gevolgen kunnen ook zitten in de gevolgen van het ontslag op staande voet voor de pensioenopbouw van de werknemer.<sup>388</sup> In het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 10 mei 2012<sup>389</sup> kwam voorts aan de orde dat de werknemer voor zijn levensonderhoud inteert op zijn spaargeld.

Uit de onderzochte jurisprudentie komt naar voren dat vooral aandacht wordt besteed aan de kansen die de werknemer (nog) op de arbeidsmarkt heeft. In diverse uitspraken kwam aan de orde dat het voor de werknemer niet eenvoudig zal zijn ander werk te vinden<sup>390</sup> of dat de werknemer (zeer) geringe kansen op de arbeidsmarkt heeft.<sup>391</sup>

Dat heeft in belangrijke mate te maken met het feit dat hoe ouder de (ontslagen) werknemer is, des te moeilijker het in de regel zal zijn een andere baan te vinden. Ik wijs in dit verband op de conclusie van A-G Spier voor het arrest Rutten/Breed,<sup>392</sup> waarin Spier overwoog dat het nu eenmaal een feit van algemene bekendheid is dat de kansen op de arbeidsmarkt veelal minder gunstig

---

<sup>382</sup> Dat het verlies van de dienstbetrekking een gevolg is van een ontslag op staande voet is zo evident dat dit eigenlijk niet in de motivering van de rechter hoeft te worden opgenomen. Het ontslag op staande voet is immers op onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst gericht. Desalniettemin werd in het vonnis van de Kantonrechter Assen van 21 december 2011 (uitspraak 280) uitdrukkelijk melding gemaakt van het feit dat 'de werknemer bovendien zijn baan verloren had'.

<sup>383</sup> Uitspraken 6 en 95.

<sup>384</sup> Vgl. uitspraak 1.

<sup>385</sup> Uitspraak 190. Dat sprake is van 'ingrijpende' gevolgen kwam aan de orde in de uitspraken 21, 34 en 58.

<sup>386</sup> Uitspraak 325.

<sup>387</sup> Uitspraak 264.

<sup>388</sup> Zie bijvoorbeeld uitspraak 297.

<sup>389</sup> Uitspraak 311.

<sup>390</sup> Uitspraken 33, 157, 239, 297 en 314.

<sup>391</sup> Uitspraken 55, 64, 78, 95, 176, 258, 281, 304, 311, 314 en 325.

<sup>392</sup> HR 12 februari 2012, JAR 2012/72. Het betreft een kennelijk onredelijk ontslag-zaak.

zijn voor ‘oudere’ werknemers.<sup>393</sup> Heemskerk heeft er in zijn proefschrift op gewezen dat ook rechters geneigd zijn de slechtere arbeidsmarktsituatie van oudere werknemers als feit van algemene bekendheid aan te nemen.<sup>394</sup> Een in dit licht aardige uitspraak betreft het vonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba van 12 november 2008.<sup>395</sup> Het gerecht overwoog dat de werknemer, die 50 jaar is, in geval van adequater optreden van de werkgever op lagere leeftijd en daardoor met betere kansen een hem passende werkkring had kunnen zoeken. Hieraan werd toegevoegd dat in zoverre sprake is van ‘eigen schuld’ van de werkgever.

Niet alleen de hoge(re) leeftijd van de werknemer doet zijn kansen op de arbeidsmarkt geen goed, hetzelfde geldt ingeval van arbeidsongeschiktheid van de werknemer<sup>396</sup> of eventuele lichamelijke klachten. Zo werd in het kader van de arbeidsmarktpositie van de werknemer door de Kantonrechter Amersfoort in zijn vonnis van 13 juli 2011<sup>397</sup> aandacht besteed aan de slechthorigheid van de werknemer, terwijl in de uitspraak van de Kantonrechter Enschede van 13 maart 2012<sup>398</sup> heupklachten een rol speelden. In het arrest van het Hof Den Haag van 27 april 2007<sup>399</sup> werd gesproken over het feit dat de werknemer een arbeidshandicap heeft.<sup>400</sup>

Ook het economisch klimaat ten tijde van het ontslag op staande voet kan, waar het gaat om de kansen op de arbeidsmarkt een rol van betekenis spelen. Zo overwoog de Kantonrechter Leeuwarden in het vonnis van 16 mei 2012, dat het zeer onzeker is of de werknemer, een warehouse manager, ‘in het huidige economische klimaat’ nog een andere dienstbetrekking – op zijn niveau – zal vinden.

Dat in de meeste gevallen de geringe kansen op de arbeidsmarkt in de beoordeling worden betrokken, wil niet zeggen dat de rechtspraak geen uitzonderingen kent die de regel bevestigen. Daarvan is bijvoorbeeld sprake in

---

<sup>393</sup> Zie hierover ook Barentsen 2013, p. 3. Barentsen schreef dat de kansen op de arbeidsmarkt gering of ronduit illusoir zijn indien een oudere werknemer op enig moment zijn baan verliest.

<sup>394</sup> Heemskerk 2009, p. 125. Heemskerk noemde als voorbeeld onder andere Ktr. Amsterdam 14 juni 2004, JAR 2004/262, Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, JAR 2006/230 en Ktr. Arnhem 15 januari 2007, JAR 2007/57. Zie hierover ook Wolters 2013, p. 182.

<sup>395</sup> Uitspraak 96.

<sup>396</sup> Zoals aan de orde was in de uitspraken 9 en 176.

<sup>397</sup> Uitspraak 258.

<sup>398</sup> Uitspraak 297.

<sup>399</sup> Uitspraak 14.

<sup>400</sup> Waarvan de aard – blijkens het arrest – niet nader was toegelicht.

het vonnis van de Kantonrechter Amsterdam van 30 januari 2007.<sup>401</sup> De in die zaak op staande voet ontslagen werknemer was nog maar 19 jaar. Deze omstandigheid heeft bij de beoordeling door de rechter niet in het voordeel van de werknemer meegewerkt. De kantonrechter overwoog namelijk dat, mede gezien de leeftijd van de werknemer, hij op zichzelf in staat zal zijn op korte termijn een vergelijkbare (bij)baan te vinden.

Ook kan een rol spelen of de werkgever in de werknemer heeft geïnvesteerd. De Kantonrechter Zwolle overwoog in zijn vonnis van 10 januari 2012,<sup>402</sup> dat uit de stukken blijkt dat de werkgever in de kennis en kunde van de werknemer heeft geïnvesteerd, zodat de werknemer niet zonder meer als kansloos op de arbeidsmarkt kan worden gekwalificeerd.

Dat een ontslag op staande voet voor de werknemer (en zijn gezin) keihard kan aankomen, betekent niet dat de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer voor de gevolgen van het ontslag geen rol kan spelen. In dit verband noem ik het vonnis van de Kantonrechter Haarlem van 13 december 2010,<sup>403</sup> waarin werd overwogen dat de gevolgen van het ontslag weliswaar hard voor de werknemer aankomen, maar dat hij daarvoor – in het licht van de hem verweten gedragingen – zelf de verantwoordelijkheid draagt. In vergelijkbare zin, maar iets concreter, luidde het oordeel van het Hof Amsterdam van 3 april 2012.<sup>404</sup> Het hof overwoog dat de kantonrechter op goede gronden had geoordeeld dat sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Het hof overwoog vervolgens dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer geen andere afweging meebrengen. Het verkrijgen van een gezinsinkomen behoort, aldus het hof, tot de verantwoordelijkheid van de werknemer zelf. Aan de dringendheid van de ontslagreden staat dat niet in de weg, zo luidde de conclusie.

Uit diverse uitspraken blijkt verder dat de gevolgen voor de werknemer zijn afgezet tegen het belang van de werkgever.<sup>405</sup> In andere zaken werden de gevolgen afgewogen tegen de aard en ernst van het aan de werknemer gemaakte verwijt.<sup>406</sup> De Kantonrechter Haarlem oordeelde in zijn vonnis van 2 januari

---

<sup>401</sup> Uitspraak 5.

<sup>402</sup> Uitspraak 285.

<sup>403</sup> Uitspraak 221.

<sup>404</sup> Uitspraak 307.

<sup>405</sup> Uitspraken 21, 131, 164, 215, 231 en 285.

<sup>406</sup> Uitspraken 6, 34, 267, 283, 288, 302 en 309.

2008,<sup>407</sup> dat de werknemer als gevolg van het ontslag met zijn gezin met twee minderjarige kinderen financieel in een slechte positie zou raken, die naar het oordeel van de kantonrechter niet in verhouding staat tot het aan de werknemer gemaakte verwijt, te weten het pakken van één of meer noten uit een reeds geopend bakje dat retour kwam uit een vliegtuig.

Ten aanzien van de gevolgen van een ontslag op staande voet merk ik ten slotte op dat, gelet op die gevolgen, onder omstandigheden een andere opstelling van de werkgever mag worden verwacht. Dat was aan de orde in het vonnis van de Kantonrechter Assen van 29 september 2009.<sup>408</sup> In dat vonnis overwoog de rechter dat, gelet op de ingrijpende gevolgen van een ontslag op staande voet, niet kan worden ingezien waarom niet eerst is volstaan met de sanctie van het stopzetten van de loonbetaling. De kantonrechter vond het ontslag op staande voet, gelet op de gevolgen daarvan, dus een brug te ver.

#### **6.3.6.3 Overige persoonlijke omstandigheden**

In de onderzochte rechtspraak is niet uitsluitend ingegaan op de leeftijd van de werknemer en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem hebben. In enkele uitspraken is aandacht besteed aan zogenoemde overige persoonlijke omstandigheden, waarvoor de rechtspraak van de Hoge Raad ook uitdrukkelijk ruimte laat. Zo werd verder relevant geacht dat:

- de werknemer al persoonlijke en financiële problemen had;<sup>409</sup>
- de werkneemster moeder is van twee kinderen;<sup>410</sup>
- de moeder van de werknemer kort voor de hem verweten gedragingen is overleden;<sup>411</sup>
- de werknemer een bijzonder moeilijke privésituatie kent, met twee zwaar gehandicapte jongvolwassen kinderen;<sup>412</sup>
- de werknemer vlak voor zijn prepensioen zat,<sup>413</sup> en

---

<sup>407</sup> Uitspraak 50.

<sup>408</sup> Uitspraak 139.

<sup>409</sup> Uitspraak 10.

<sup>410</sup> Uitspraak 87. Deze omstandigheid kon naar het oordeel van de rechter niet rechtvaardigen dat zij systematisch te laat op het werk kwam.

<sup>411</sup> Uitspraak 142, waarin de kantonrechter oordeelde dat dit feit, hoe indringend ook, niet als een verontschuldigbare omstandigheid kan worden aangemerkt. Zie in dezelfde zin uitspraak 222, waarin eveneens aan de orde kwam dat de werknemer een trieste gebeurtenis moest verwerken.

<sup>412</sup> Uitspraak 183.

<sup>413</sup> Uitspraak 206.



- dat de naam en reputatie van de werknemer worden geschaad.<sup>414</sup>

Ik noem verder dat in het arrest van het Hof Den Haag van 11 april 2008<sup>415</sup> van belang werd geacht dat de werkneemster gehuwd was. Waarom dat relevant is blijkt echter niet uit het arrest. De enkele omstandigheid dat iemand wel of niet getrouwd is lijkt me niet heel erg relevant. Wel zou mogelijk van belang kunnen zijn dat de partner ook een betaalde baan heeft, zodat niet het volledige inkomen van de één op de andere dag wegvalt. In het arrest van het Hof Arnhem van 3 januari 2012<sup>416</sup> werd in het kader van de inkomensachteruitgang belang toegekend aan het feit dat de werkneemster alleenstaand is.

Uit de hierboven genoemde uitspraken blijkt dat het bij de persoonlijke omstandigheden van de werknemer niet uitsluitend gaat om omstandigheden die zich ten tijde van het ontslag of nadien voordoen, maar ook om omstandigheden die al voor het ontslag speelden.

### **6.3.7 Overige gezichtspunten**

Ook de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Schrijver/Van Essen is, zo kwam al eerder ter sprake, geen limitatieve lijst met relevante factoren. Buitenom de uitdrukkelijk door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten, kunnen ook andere feiten en omstandigheden van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een dringende reden om de arbeidsovereenkomst met de betrokken werknemer met onmiddellijke ingang op te zeggen.<sup>417</sup> In de lagere rechtspraak komen veelvuldig andere gezichtspunten aan bod.<sup>418</sup> In deze paragraaf zal daarvan verslag worden gedaan.

Van de 331 onderzochte uitspraken is in niet minder dan 227 zaken ingegaan op één of meerdere overige gezichtspunten. Dat is in 68,6% van het totaal aantal

---

<sup>414</sup> Uitspraak 302.

<sup>415</sup> Uitspraak 61.

<sup>416</sup> Uitspraak 283.

<sup>417</sup> Zie ook Sagel 1999, p. 12, die schreef dat nu de opsomming van de factoren die de Hoge Raad heeft genoemd niet limitatief is, ook andere factoren bij de afweging of zich een dringende reden voordoet kunnen worden meegewogen. Sagel noemde als voorbeelden: de wijze waarop de werkgever de dienstbetrekking in het verleden heeft vormgegeven, de wijze waarop de werkgever is omgegaan met vergelijkbare overtredingen van de werknemer zelf of van andere werknemers, de grootte van het bedrijf van de werkgever en de daarmee samenhangende mogelijkheden om de werknemer over te plaatsen, etc.

<sup>418</sup> Waarover ook Sagel 2013, p. 360.

uitspraken. Van die 227 zaken werd in 98 gevallen<sup>419</sup> (43,2%) een dringende reden voor ontslag op staande voet aangenomen, terwijl het oordeel in 124 zaken<sup>420</sup> (54,6%) luidde dat van een dringende reden geen sprake was. In de overige vijf gevallen<sup>421</sup> (2,2%) heeft de rechter nog geen oordeel uitgesproken, bijvoorbeeld omdat nadere informatie c.q. bewijslevering nodig was. Vanwege deze tamelijk evenwichtige verdeling kan niet worden gezegd dat overige gezichtspunten vooral worden gebruikt om wel een dringende reden c.q. juist geen dringende reden aan te nemen.

In de meeste gevallen worden overige gezichtspunten genoemd naast één of meer (wel) uit Schrijver/Van Essen afkomstige factoren. Toch zijn er 20 uitspraken waarin uitsluitend aandacht is besteed aan niet in dit arrest genoemde gezichtspunten. Het ligt voor de hand dat dit alleen aan de orde kan zijn in zaken waarin geen (of nog geen) dringende reden voor ontslag op staande voet is aangenomen.<sup>422</sup> Immers, wanneer wel een dringende reden wordt aangenomen,

---

<sup>419</sup> Dat zijn de uitspraken 7, 9, 10, 14, 15, 28, 34, 41, 45, 49, 58, 61, 62, 69, 75, 78, 79, 85, 87, 88, 89, 96, 98, 101, 103, 104, 105, 108, 110, 114, 116, 119, 120, 123, 124, 128, 130, 135, 138, 142, 148, 155, 159, 162, 164, 166, 177, 178, 183, 187, 189, 191, 192, 193, 195, 196, 200, 203, 204, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 221, 222, 230, 231, 241, 243, 248, 250, 256, 258, 263, 267, 271, 278, 279, 280, 282, 283, 285, 286, 288, 289, 298, 301, 307, 309, 315, 324, 328, 329, 330 en 331.

<sup>420</sup> Zie de uitspraken 1, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 33, 37, 38, 50, 51, 53, 55, 56, 57, 59, 63, 64, 70, 71, 73, 77, 81, 83, 84, 86, 90, 91, 95, 97, 106, 107, 111, 112, 113, 117, 121, 122, 131, 132, 133, 136, 137, 141, 144, 145, 147, 149, 151, 153, 154, 157, 158, 160, 161, 168, 173, 175, 176, 179, 180, 182, 186, 188, 190, 199, 201, 205, 206, 207, 209, 210, 218, 219, 220, 223, 224, 227, 228, 229, 234, 238, 239, 242, 244, 245, 246, 247, 249, 252, 255, 257, 260, 261, 264, 268, 269, 270, 273, 276, 281, 284, 287, 290, 291, 292, 293, 294, 297, 304, 306, 311, 317, 318, 320, 323 en 325.

<sup>421</sup> Uitspraken 39, 129, 170, 259 en 262.

<sup>422</sup> In de uitspraken 22, 81, 86, 136, 145, 158, 182, 199, 210, 223, 228, 273, 290, 291, 292 en 294 werd geoordeeld dat geen sprake was van een dringende reden, terwijl het oordeel van de rechter in de uitspraken 39, 129 en 259 nog niet bekend was. In uitspraak 278 werd wel een dringende reden aangenomen, maar dat is niet in strijd met voornoemd uitgangspunt. In deze zaak had de kantonrechter in eerste aanleg geoordeeld dat sprake was van een geldig ontslag op staande voet. In hoger beroep heeft de werknemer – onder verwijzing naar het arrest van het Hof Den Haag van 31 juli 2008 (uitspraak 77) – naar voren gebracht dat tot uitgangspunt moet worden genomen dat zonder het toepassen van wederhoor geen ontslag op staande voet kan plaatsvinden. In de onderhavige zaak oordeelde het Hof Den Haag in zijn arrest van 29 november 2011, dat dit uitgangspunt geen steun vindt in het recht. Ook het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) brengt naar het oordeel van het Hof niet in alle gevallen op straffe van nietigheid van het ontslag een zodanige hoorplicht mee. De in de grieven besloten liggende klacht dat de werkgever de werknemer niet of onvoldoende in de gelegenheid heeft gesteld te worden gehoord en het ontslag om die reden geen stand houdt faalde. De grieven van de werknemer stuiten hierop af, zodat het vonnis van de kantonrechter werd bekrachtigd en het ontslag op staande voet mitsdien in stand bleef.

zal in ieder geval iets moeten worden gezegd over het eerste gezichtspunt (de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt), welk gezichtspunt immers imperatief is voorgeschreven.

Welke overige gezichtspunten uit de onderzochte rechtspraak naar voren komen zal hieronder – in willekeurige volgorde – uiteen worden gezet. Daarbij zullen sommige gezichtspunten in (overkoepelende) categorieën worden ingedeeld.

#### **6.3.7.1 Door de werkgever gehanteerde (gedrags)voorschriften**

Bij de vraag of een bepaalde gedraging van de werknemer wel of niet als een dringende reden voor ontslag op staande voet kwalificeert, kan van belang zijn dat de desbetreffende gedraging in strijd is met intern, binnen de organisatie van de werkgever geldend, beleid. In veel van de onderzochte uitspraken speelt deze factor een rol.

In 35 van de bestudeerde 331 uitspraken werd ingegaan op het feit dat sprake was van intern beleid van de werkgever. In 21 daarvan werd een dringende reden aangenomen,<sup>423</sup> in 13 zaken niet,<sup>424</sup> terwijl het oordeel in één zaak nog niet bekend was.<sup>425</sup> In de meeste zaken werd uiteindelijk dus wel tot een dringende reden geconcludeerd. Daarvan was zeker sprake in die zaken waarin de werknemer ook uitdrukkelijk bekend was met de geldende regels,<sup>426</sup> bijvoorbeeld omdat dat uit zijn eigen stellingen bleek<sup>427</sup> of doordat hij het handboek van de werkgever had geparafeerd.<sup>428</sup> Ook wanneer de werknemer wist dat de werkgever strikte naleving van de (gedrags)regels wenste, bijvoorbeeld door het voeren van een ‘zero tolerance-beleid’<sup>429</sup> of doordat een

<sup>423</sup> Dat was in de uitspraken 7, 15, 41, 58, 98, 105, 123, 124, 135, 164, 178, 196, 200, 203, 211, 215, 222, 231, 258, 267 en 285.

<sup>424</sup> Zie de uitspraken 26, 33, 64, 132, 161, 175, 199, 247, 264, 268, 287, 294 en 306.

<sup>425</sup> Uitspraak 170, waarin een deskundigenbericht werd gelast.

<sup>426</sup> Zoals in de uitspraken 41, 98, 123, 124, 135, 164, 175, 178, 196, 203, 211, 222, 231 en 267 werd aangenomen. Anders: uitspraak 306, waarin voor de kantonrechter onvoldoende was komen vast te staan dat de werknemer het ‘leenprotocol’ van de werkgever kende of behoorde te kennen, laat staan dat de werknemer daaraan gebonden was. Daarmee kwam, aldus de kantonrechter, geen betekenis toe aan het ontbreken van een ingevuld ‘leenformulier’. Zie ook uitspraak 314. Hierin oordeelde de Kantonrechter Heerenveen dat de werkgever zich beroept op een bedrijfsreglement en een agressie/discriminatieprotocol. De kantonrechter heeft deze documenten evenwel buiten beschouwing gelaten, gelet op het gemotiveerde verweer van de werknemer dat hij niet bekend was met de inhoud van deze documenten en de werkgever de juistheid van het tegendeel niet aannemelijk heeft gemaakt.

<sup>427</sup> Zoals het geval was in uitspraak 7.

<sup>428</sup> Uitspraak 285.

<sup>429</sup> Zoals in uitspraak 267.

andere werknemer eerder om dezelfde reden op staande voet is ontslagen,<sup>430</sup> kan dat een argument opleveren voor het aannemen van een dringende reden.<sup>431</sup>

Van belang kan voorts zijn dat in de interne regels is vermeld wat de sanctie op overtreding is,<sup>432</sup> zoals bijvoorbeeld in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof Den Haag van 17 augustus 2007.<sup>433</sup> Het hof overwoog dat in het bedrijfsreglement van de werkgever is opgenomen dat verduistering een reden voor ontslag op staande voet is. Een ander voorbeeld biedt het vonnis van de Kantonrechter Den Bosch van 22 mei 2008,<sup>434</sup> waarin aan de orde kwam dat de huishoudelijke regels van de werkgever bepaalden dat een werknemer na drie officiële waarschuwingen ontslag op staande voet krijgt. Terecht oordeelde de kantonrechter dat echter alle omstandigheden van het geval van belang zijn. Ook wanneer de gedragsregels meerdere mogelijke sancties noemen is een ontslag op staande voet, geen vanzelfsprekendheid.<sup>435</sup> Ook dan zal steeds moeten worden beoordeeld of de werkgever niet met een lichtere maatregel kon volstaan. Zie daarover ook paragraaf 6.3.7.6.

Vanzelfsprekend kan discussie ontstaan over de precieze reikwijdte van interne (gedrags)regels van de werkgever. Ik wijs in dit verband op het arrest van het

---

<sup>430</sup> Uitspraak 304.

<sup>431</sup> Uitspraken 211, 214 en 215. Dat dit niet in alle gevallen opgaat blijkt uit de uitspraken 26 en 268. In uitspraak 287 werd geoordeeld dat niet was komen vast te staan dat bij overtreding van de regels steeds één lijn wordt getrokken, in die zin dat werknemers die zich niet aan de voorschriften houden, altijd worden ontslagen. Ook in uitspraak 311 oordeelde de rechter dat niet was komen vast te staan dat de werkgever een strikt bedrijfsbeleid hanteert.

<sup>432</sup> Bijvoorbeeld in uitspraak 164, 178, 200 en 211. Zie ook uitspraak 318, waarin belang werd toegekend aan het feit dat de door de werkgever toegepaste sanctie juist niet in de gehanteerde 'Code of conduct' was genoemd. Ik wijs in dit verband ook op de annotatie van Zondag onder uitspraak 16, waarin de annotator schreef dat als uitgangspunt heeft te gelden dat een werkgever zelf bepaalt welke regels er in de onderneming gelden en welke sancties op overtreding daarvan worden gesteld. Aldus Meijerink (in zijn noot onder uitspraak 325) is verdedigbaar dat een (eenzijdig opgesteld) reglement waarin is bepaald dat overtreding van dat reglement een grond zal zijn voor ontslag op staande voet nietig is op grond van art. 7:678 lid 3 BW (zie over dit beding ook de volgende paragraaf). Aldus Meijerink kan dit anders liggen indien een dergelijk beding in samenspraak tussen werkgever en werknemer(s) tot stand is gekomen of indien het een bepaling in een individuele arbeidsovereenkomst betreft waarover partijen expliciet gesproken en/of onderhandeld hebben voorafgaand aan de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst.

<sup>433</sup> Uitspraak 33.

<sup>434</sup> Uitspraak 64.

<sup>435</sup> Zie uitspraak 161.

Hof Den Haag van 19 april 2011,<sup>436</sup> waarin een strikte uitleg werd gehanteerd. Het hof overwoog in deze zaak, waarin de werknemer op staande voet was ontslagen omdat hij rode wijn bij zich had en naar alcohol rook, namelijk dat volgens het personeelshandboek van de werkgever niet het enkele nuttigen van alcohol, maar (slechts) alcoholmisbruik onaanvaardbaar werd geacht. Wat soepeler was de Kantonrechter Heerenveen in zijn vonnis van 17 augustus 2011.<sup>437</sup> De kantonrechter overwoog dat art. 10 van de gedragsregels naar de letter niet geheel toepasselijk is op de onderhavige situatie, maar desondanks had het de werknemer, naar het oordeel van de kantonrechter, duidelijk behoren te zijn dat hij de meegenomen zaken niet zonder toestemming van de werkgever voor eigen gebruik had mogen meenemen.

Wanneer daarentegen geen sprake is van een (duidelijk) protocol, levert dat juist een argument op voor de werknemer. In de zes zaken waarin dit speelde,<sup>438</sup> werd in slechts twee gevallen een dringende reden aangenomen.<sup>439</sup> Zo oordeelde de Kantonrechter Utrecht bij vonnis van 31 maart 2008,<sup>440</sup> dat hoewel de werkgever had gesteld dat het surfen op internet voor privégebruik in strijd is met de richtlijnen, niet gebleken is dat er een duidelijk internetprotocol bestaat.

### 6.3.7.2 Beding ex art. 7:678 lid 3 BW

Art. 7:678 lid 3 BW bepaalt dat bedingen waarbij aan de werkgever de beslissing wordt overgelaten of er een dringende reden in de zin van art. 7:677 lid 1 BW aanwezig is, nietig zijn. Deze bepaling speelde een rol in het vonnis van de Kantonrechter Heerenveen van 4 juli 2012.<sup>441</sup> De werkgever had zijn huisregels door de werknemer voor akkoord laten ondertekenen. In deze huisregels was bepaald dat op overtreding van de genoemde verboden (in casu het aannemen van geld van (potentiële) klanten) onherroepelijk ontslag op staande voet volgt. Naar aanleiding van deze huisregels overwoog de kantonrechter dat de werkgever niet kan bedingen dat een bepaalde gedraging een dringende reden voor ontslag op staande voet zal opleveren. De kantonrechter vervolgde dat wanneer een bepaald feit volgens de wet geen dringende reden oplevert, niet ten nadele van de werknemer kan worden

---

<sup>436</sup> Uitspraak 247.

<sup>437</sup> Uitspraak 264.

<sup>438</sup> Het betreft de uitspraken 59, 242, 281, 318, 328 en 329.

<sup>439</sup> Zie de uitspraken 328 en 329, waarbij het ook nog eens gaat om twee werknemers van dezelfde werkgever, aan wie hetzelfde verwijt werd gemaakt.

<sup>440</sup> Uitspraak 59.

<sup>441</sup> Uitspraak 325.

bedongen dat dit wel een dringende reden is. Niettemin mag de rechter bij zijn afweging wel rekening houden met een dergelijk beding, in welk verband de kantonrechter verwees naar het arrest van de Hoge Raad van 24 februari 1995.<sup>442</sup>

Hoewel de werkgever niet door middel van een beding kan bepalen dat een bepaald feit steeds als een dringende reden kwalificeert en een dergelijk beding nietig is, kan er toch belang aan worden toegekend. Door het opstellen van een dergelijk beding laat de werkgever namelijk wel blijken zwaar te tillen aan overtreding van bepaalde regels en ook dat kan van belang zijn, zo bleek in de vorige paragraaf.

### **6.3.7.3 Belang van de werkgever**

Het belang van de werkgever is een andere relevante factor die in verschillende van de bestudeerde uitspraken tot uitdrukking komt. Zo werd in het arrest van het Hof Den Bosch van 11 maart 2008<sup>443</sup> vooropgesteld dat de werkgever een groot belang heeft bij handhaving van de hygiëneregels, nu hij de kwaliteit van het te verwerken vlees zowel tegenover de consument als tegenover de overheid dient te waarborgen.<sup>444</sup>

In het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 6 maart 2009<sup>445</sup> werd vastgesteld dat diefstal van elektriciteit een groot probleem is en dat de werkgever, een elektriciteitsbedrijf, daar al jarenlang tegen vecht. Mede gelet hierop had de werkgever de werknemer die zich schuldig had gemaakt aan het aftappen van stroom terecht wegens diefstal op staande voet ontslagen.

Ik wijs voorts op het vonnis van de Kantonrechter Eindhoven van 10 december 2010,<sup>446</sup> waarin de kantonrechter voorop stelde dat TNT Post er een groot belang bij heeft dat haar werknemers, aan wie de post wordt toevertrouwd, hun werkzaamheden tijdig en op correcte wijze uitvoeren.<sup>447</sup> Gelet op dat belang van TNT Post is het, zo vervolgde de kantonrechter, begrijpelijk dat zij niet wenst toe te staan dat haar werknemers hun werkzaamheden aan derden uitbesteden en ook is het begrijpelijk dat zij het als een ernstige vorm van plichtsverzuim beschouwd indien haar werknemers dat wel doen.<sup>448</sup>

---

<sup>442</sup> NJ 1995, 450, m.nt. PAS.

<sup>443</sup> Uitspraak 55.

<sup>444</sup> Zie over dezelfde werkgever en dus over hetzelfde belang ook uitspraak 64.

<sup>445</sup> Uitspraak 108.

<sup>446</sup> Uitspraak 219.

<sup>447</sup> Zie eerder al in gelijke zin uitspraak 176.

<sup>448</sup> Het belang van de werkgever kwam ook nog in de uitspraken 179, 180 en 216 ter sprake.

Een werkgever kan er vanzelfsprekend ook een groot belang bij hebben dat zijn werknemers op tijd op het werk verschijnen. Dat werd bijvoorbeeld aangenomen bij ziekenverzorgenden.<sup>449</sup>

Het belang dat de werkgever heeft bij, kort gezegd, correct gedrag van zijn werknemers heeft vanzelfsprekend voornamelijk te maken met de aard van het bedrijf van de werkgever c.q. de branche waarin hij actief is. In diverse uitspraken is op dit aspect ingegaan. Dat was onder andere het geval in het vonnis van de Kantonrechter Zwolle van 10 januari 2012.<sup>450</sup> De werkgever in die zaak verleende onder andere IT-diensten aan justitiële instellingen en organisaties. De kantonrechter overwoog dat tegen die achtergrond te billijken is dat de werkgever van zijn medewerkers onbesproken gedrag eist, zoals overigens ook in het personeelshandboek was vastgelegd en waarvan de werknemer ook op de hoogte was.<sup>451</sup> Mede gelet op dit belang van de werkgever hield het ontslag op staande voet, wegens het thuis hebben van een wietplantage, stand.

In dezelfde lijn ligt de uitspraak van de Kantonrechter Breda van 25 juli 2008.<sup>452</sup> In deze uitspraak is te lezen dat binnen een bedrijf als dat van Holland Casino aanzienlijke geldsommen kunnen omgaan en dat bij de medewerkers dan ook veel geld door de handen gaat. In het kader daarvan mogen door Holland Casino hoge eisen worden gesteld waar het de integriteit van de werknemers betreft. Vergelijkbaar is eveneens het vonnis van de Kantonrechter Amsterdam van 4 september 2009,<sup>453</sup> waarin werd overwogen dat volledig moet kunnen worden vertrouwd op de integriteit van medewerkers van een bank,<sup>454</sup> alsmede het vonnis van de Kantonrechter Haarlem van 12 februari 2010,<sup>455</sup> waarin het ging om een medewerker van de bagageafhandeling op Schiphol. Voor deze werkgever is het, zo overwoog de kantonrechter, voor de bedrijfsvoering van essentieel belang dat zijn medewerkers vertrouwd kunnen worden. Ook het vonnis van de Kantonrechter Dordrecht, gewezen op 21 oktober 2010,<sup>456</sup> past in deze lijn. De rechter overwoog in deze uitspraak dat gelet op de aard van het

---

<sup>449</sup> Zie daarover uitspraak 87.

<sup>450</sup> Uitspraak 285.

<sup>451</sup> Een vergelijkbare zaak is uitspraak 258. In deze uitspraak werd overwogen dat de werkgever heeft gesteld dat haar opdrachtgever (Justitie) geen detentiehouders met een naar alcohol ruikende adem op de werkvloer (een detentiecentrum) accepteert.

<sup>452</sup> Uitspraak 75.

<sup>453</sup> Uitspraak 135.

<sup>454</sup> Zie hierover ook uitspraak 276.

<sup>455</sup> Uitspraak 166.

<sup>456</sup> Uitspraak 211.

bedrijf van Fair Play, een amusementscenter, waar dagelijks grote hoeveelheden geldstromen rondgaan, de werkgever belang heeft bij strikte handhaving van het speelverbod.<sup>457</sup> Fair Play mag, aldus de kantonrechter, van haar werknemers op dit punt verwachten dat zij integer zijn en elke schijn van belangenverstrengeling voorkomen.

Dat een werkgever die met chemische producten werkt groot belang heeft bij het handhaven van het rookverbod, kwam aan de orde in het vonnis van de Kantonrechter Enschede van 13 augustus 2010.<sup>458</sup> De gevolgen van een mogelijke brand zijn namelijk niet te overzien voor de omgeving van het bedrijf en de naast gelegen stad Delden, aldus de kantonrechter.<sup>459</sup>

De aard van het bedrijf van de werkgever kwam ook met zoveel woorden aan de orde in het vonnis van de Kantonrechter Maastricht van 25 augustus 2008.<sup>460</sup> De kantonrechter oordeelde dat de diefstal, mede gelet op de aard van het bedrijf van de werkgever (een zelfbedieningsgroothandel), kennelijk heeft meegebracht dat de werkgever het vertrouwen in de werkneemster had verloren. De rechter kwam tot de conclusie dat het ontslag op staande voet een passende maatregel was.

#### **6.3.7.4 Verwijtbaarheid en psychische gesteldheid van de werknemer**

In paragraaf 6.2.1 is onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 29 september 2000<sup>461</sup> uiteengezet dat niet in alle gevallen vereist is dat de werknemer een verwijt van de dringende reden kan worden gemaakt.<sup>462</sup> Het hangt voornamelijk af van de aard van de dringende reden of dit vereiste moet worden gesteld. Illustratief in dit kader is de uitspraak van de Kantonrechter Haarlem van 7 september 2010.<sup>463</sup> In die zaak was de werknemer op staande voet ontslagen omdat hij had gefraudeerd. De kantonrechter overwoog dat voor fraude een opzettelijk handelen van de pleger en het oogmerk om economisch voordeel te behalen vereist is. Uit de aard van het aan de werknemer gemaakte verwijt, vloeide in deze zaak dus voort dat aandacht moest worden besteed aan

---

<sup>457</sup> Dat inhield dat het de werknemers niet was toegestaan om in amusementscenters van de werkgever te spelen, ook niet op speelautomaten.

<sup>458</sup> Uitspraak 200.

<sup>459</sup> Voor een vergelijkbare zaak wijs ik op uitspraak 268.

<sup>460</sup> Uitspraak 203.

<sup>461</sup> JAR 2000/223. Zie over dit arrest onder andere Smorenburg 2001, p. 3 e.v.

<sup>462</sup> Zie hierover ook Van Drongelen 2007, p. 192, alsmede Zondag 2011, p. 39 e.v.

<sup>463</sup> Uitspraak 206.



de verwijtbaarheid van de werknemer. In dit geval moest dus opzet aannemelijk worden gemaakt.<sup>464</sup>

Dat ook zonder verwijtbaarheid sprake kan zijn van een dringende reden kwam uitdrukkelijk aan de orde in het vonnis van de Kantonrechter Maastricht van 7 juli 2010.<sup>465</sup> De kantonrechter overwoog dat, waar een (stress)stoornis al moet worden aangenomen en deze stoornis in overwegende mate heeft geleid tot de verweten handelingen en plannen (het opzetten van een concurrerende onderneming), dit slechts de verwijtbaarheid van dit handelen raakt. Dat tast, aldus de kantonrechter, volgens vaste rechtspraak het bestaan van een dringende reden voor ontslag op staande voet niet aan. Van belang in dit verband is ook het arrest van het Hof Amsterdam van 12 oktober 2010,<sup>466</sup> waarin het hof uiteenzette dat het waar is dat het enkele feit dat de werknemer ter zake van een bepaalde gedraging geen verwijt te maken valt, onvoldoende is om een ontslag op staande voet te blokkeren. Het hof voegde hieraan toe dat het uitgangspunt dat een ontslag in beginsel ook mogelijk is indien de werknemer geen verwijt treft, onverlet laat dat het ontbreken van verwijtbaarheid een belangrijk 'gezichtspunt' kan zijn bij de beantwoording van de vraag of van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren.<sup>467</sup>

In de onderzochte jurisprudentie wordt met regelmaat de link gelegd tussen de verwijtbaarheid en de psychische gesteldheid van de werknemer. Zo kunnen psychische klachten bij de werknemer in de weg staan aan het aannemen van een dringende reden. Daarvan was sprake in de zaak die in het vonnis van de Kantonrechter Zaandam van 15 mei 2007<sup>468</sup> heeft geresulteerd. De kantonrechter gaf als vuistregel dat buiten kijf staat dat diefstal/verduistering van geld uit een giromaatkluis van de werkgever normaal gesproken een dringende reden voor ontslag zal opleveren. In deze zaak, zo overwoog de kantonrechter vervolgens, doet zich echter de uitzonderlijke omstandigheid voor, dat er sterke aanwijzingen bestaan dat de handelwijze van de werknemer vanwege een psychiatrisch ziektebeeld niet, dan wel nagenoeg niet kan worden toegerekend.

---

<sup>464</sup> Omdat opzet in de regel niet eenvoudig te bewijzen is wordt over het algemeen geadviseerd om als dringende reden geen strafrechtelijke vergrijpen, die opzet in de delictomschrijving hebben, op te geven. Zie hierover onder andere Dammingh & Schoenmaker-Tijsseling 2007, p. 9 e.v.

<sup>465</sup> Uitspraak 193.

<sup>466</sup> Uitspraak 210.

<sup>467</sup> In de uitspraken 41 en 279 is minder uitdrukkelijk op de verwijtbaarheid van de werknemer ingegaan.

<sup>468</sup> Uitspraak 19.

Ook in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof Den Bosch van 7 december 2010<sup>469</sup> was sprake van een hierboven genoemde ‘uitzonderlijke omstandigheid’. Op grond van het oordeel van de gerechtsdeskundige overwoog het hof dat er niet van kan worden uitgegaan dat de werknemer zich er tijdens de uitvoering van de gewraakte handelingen van bewust was dat hij gelden van de werkgever had gestolen. Het hof overwoog vervolgens dat de stelling van de werkgever, dat ondanks het psychisch gebrek wel sprake was geweest van bewustzijn bij de werknemer, onvoldoende was onderbouwd.

In deze lijn ligt ook het arrest van het Hof Leeuwarden van 17 maart 2009,<sup>470</sup> waarin het hof oordeelde dat op grond van de overgelegde medische informatie aannemelijk is dat de werknemer in de periode waarin de incidenten plaatsvonden psychische klachten had en dat hij als gevolg daarvan moeite had met zijn agressieregulatie. Ofschoon het geheel ontbreken van verwijtbaarheid of een verminderde verwijtbaarheid niet aan de rechtsgeldigheid van een ontslag op staande voet in de weg hoeft te staan, is het wel een factor die – in het voordeel van de werknemer – meeweegt, zo voegde het hof toe. Hoewel niet allesbepalend, kan de psychische gesteldheid van de werknemer dus wel een relevant gezichtspunt opleveren.

Ook door de Kantonrechter Haarlem werd in zijn vonnis van 31 augustus 2009<sup>471</sup> aangenomen dat de werknemer heeft gehandeld onder invloed van een psychische stoornis die zijn gedrag zodanig heeft bepaald dat hij daar zelf geen normale kijk op heeft gehad. Ik noem ook de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 14 mei 2007.<sup>472</sup> De kantonrechter overwoog dat voldoende was gebleken dat de voortdurende discussie over de arbeids(on)geschiktheid van de werkneemster haar weerslag heeft gehad op haar psychische gesteldheid en dat die weerslag bij de werkgever ook bekend was. De werkgever had daarmee, aldus de kantonrechter, meer rekening behoren te houden.

Overigens wordt ook regelmatig, psychische klachten van de werknemer ten spijt, wel een dringende reden voor ontslag op staande voet aangenomen. Dat was bijvoorbeeld het geval in de uitspraak van de Kantonrechter Deventer van 22 februari 2007.<sup>473</sup> De kantonrechter overwoog in deze zaak dat, hoewel onomstreden is dat de werknemer wegens psychische klachten volledig arbeidsongeschikt was, er onvoldoende grond is om aan te nemen dat alleen

---

<sup>469</sup> Uitspraak 218.

<sup>470</sup> Uitspraak 113.

<sup>471</sup> Uitspraak 133.

<sup>472</sup> Uitspraak 18.

<sup>473</sup> Uitspraak 9.

deze psychische klachten debet zijn geweest aan de voortdurende nalatigheid van de werknemer en het niet nakomen van afspraken. In vergelijkbare zin oordeelde het Hof Amsterdam in zijn arrest van 1 maart 2007,<sup>474</sup> waarin werd overwogen dat de psychische problemen die de werkneemster zegt te hebben gehad als gevolg van haar medische onderzoeken en het overlijden van haar vriendin, geen redelijke verklaring bieden voor haar stilzwijgen over haar substantiële bijbaan.

Dat de werknemer ter zake wel voldoende zal moeten stellen, blijkt uit het vonnis van de Kantonrechter Leeuwarden van 8 januari 2010.<sup>475</sup> De kantonrechter oordeelde dat hij in de aard van de handelwijze die de werknemer wordt verweten onvoldoende aanknopingspunten zag om deze te verbinden met de eventuele psychische klachten van de werknemer of diens moeilijke privésituatie. Door de werknemer was te weinig gesteld om een dergelijk oorzakelijk verband ook maar enigszins aannemelijk te achten.<sup>476</sup>

#### **6.3.7.5 Ook de werkgever valt een verwijt te maken**

Niet alleen de verwijtbaarheid van de werknemer kan een rol spelen bij de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, ook de eventuele verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever kan van belang zijn. Dit aspect kwam diverse malen terug in de onderzochte jurisprudentie. Dat was allereerst het geval in het vonnis van de Kantonrechter Amersfoort van 26 juni 2007.<sup>477</sup> In die kwestie oordeelde de kantonrechter dat de omstandigheid dat de werknemer overmand door emoties het op 15 mei 2007 gevoerde gesprek heeft verlaten en naar huis is gegaan, in belangrijke mate de werkgever, althans niet alleen de werknemer, is aan te rekenen.

De Kantonrechter Nijmegen overwoog in zijn vonnis van 6 november 2008,<sup>478</sup> in welke zaak de werkneemster wegens verduistering op staande voet ontslagen was, dat het in het licht van het gemotiveerde verweer van de werkneemster, dat zij structureel in financiële problemen verkeerde, onbegrijpelijk is waarom de werkgever haar heeft geplaatst op een ‘financieel gevoelige positie’. De kantonrechter nam in deze zaak geen dringende reden aan, mede omdat de werkgever de gelegenheid dat de werkneemster gelden kon verduisteren zelf had gecreëerd.

---

<sup>474</sup> Uitspraak 10.

<sup>475</sup> Uitspraak 159.

<sup>476</sup> Ook in de uitspraken 70, 142, 145, 273, 291 en 293 werd in de beoordeling rekening gehouden met de psychische gesteldheid van de werknemer.

<sup>477</sup> Uitspraak 23.

<sup>478</sup> Uitspraak 95.

Ook de door de leidinggevende van de werknemer aangenomen houding kan een rol spelen. Dat was aan de orde in het vonnis van de Kantonrechter Almelo van 17 december 2009.<sup>479</sup> De kantonrechter was van oordeel dat van een manager interne zaken meer tact en rust had mogen worden verwacht. De kantonrechter overwoog verder dat het uiterst vreemd en dus niet passend is dat een manager een 37-jarige werknemer met tien dienstjaren, als ware deze een schooljongen, verbiedt om zijn kamer te verlaten onder mededeling dat hij zou worden ontslagen als hij weg zou gaan. De manager maakte het naar het oordeel van de kantonrechter nog bonter door de weglopende werknemer te volgen en hem te bevelen het pand te verlaten op straffe van ontslag op staande voet. Het zal niet verbazen dat het ontslag op staande voet in deze zaak niet in stand bleef.<sup>480</sup>

In de zaak die leidde tot het vonnis van de Kantonrechter Haarlem van 30 juni 2011<sup>481</sup> was er eveneens sprake van dat de werkgever had bijgedragen aan het ontstaan van de situatie die uiteindelijk tot het ontslag op staande voet heeft geleid. Op de dag dat de werknemer – een productiemedewerker – na een lange periode van arbeidsongeschiktheid weer aan het werk ging, vond een gesprek met de directeur plaats, waarbij ook werd gesproken over de verhouding met de productie leider. De werkgever wist dat deze verhouding lastig was en dat deze mogelijk tot problemen zou leiden. De werkgever heeft er toen echter niet voor gekozen om aan een constructieve oplossing te werken, maar heeft het er – net als de werknemer overigens – op aan laten komen. Mede op deze grond hield het wegens werkweigering verleende ontslag op staande voet geen stand.

Een verwijt van een andere orde speelde in het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Assen van 22 december 2011.<sup>482</sup> In deze zaak was de werknemer op staande voet ontslagen wegens, kort gezegd, ontoelaatbaar declaratiegedrag. Ook dit ontslag hield geen stand. Daarvoor was mede redengevend dat er gebruik werd gemaakt van een verwarrend declaratieformulier. De kantonrechter oordeelde dat sprake was van een declaratiesysteem zonder duidelijke regels, dat verwarring in de hand kan werken.<sup>483</sup>

---

<sup>479</sup> Uitspraak 153.

<sup>480</sup> De opstelling en handelwijze van de werkgever speelde ook een rol in uitspraak 245.

<sup>481</sup> Uitspraak 257.

<sup>482</sup> Uitspraak 281.

<sup>483</sup> Vergelijkbaar is uitspraak 317, waarin werd vastgesteld dat sprake was van een ondoorzichtige bedrijfsvoering. Daarentoent werd overwogen dat de werknemer daarvoor niet de direct verantwoordelijke persoon is, zodat hij niet, althans niet als enige, de gevolgen daarvan zal hoeven te dragen. Vgl. ook uitspraak 328, waarin werd geoordeeld dat de werknemer had verklaard dat hij niet al zijn e-mails nauwkeurig

Het verweer dat de werkgever ook een verwijt valt te maken treft zeker niet altijd doel, zo kan worden opgemaakt uit onder andere het vonnis van de Kantonrechter Amsterdam van 1 oktober 2009.<sup>484</sup> De betrokken werknemer, die als docent op staande voet was ontslagen omdat hij meermalen seksueel contact met een leerlinge had gehad, had betoogd dat de school ervan op de hoogte was dat de leerlinge hem stalkte en dat de school heeft nagelaten gedegen maatregelen te treffen. De kantonrechter oordeelde naar aanleiding van dit verweer dat het niet kan leiden tot een voor de werknemer gunstig oordeel. De vorderingen van de werknemer werden dan ook afgewezen en het ontslag op staande voet bleef in stand.

#### **6.3.7.6 Had de werkgever een andere maatregel moeten treffen?**

In diverse van de onderzochte uitspraken heeft de rechter vooropgesteld dat een ontslag op staande voet als een uiterste middel, een ultimum remedium, moet worden gezien.<sup>485</sup> Het gaat namelijk om de zwaarste sanctie die het arbeidsrecht kent, zo overwoog de Kantonrechter Enschede in zijn vonnis van 3 mei 2007.<sup>486</sup> In enkele uitspraken werd het verleende ontslag op staande voet als een te zware sanctie<sup>487</sup> c.q. een disproportionele maatregel<sup>488</sup> beschouwd. Het Hof Den Haag overwoog in zijn arrest van 27 september 2009,<sup>489</sup> dat een ontslag op staande voet uitsluitend mag worden gegeven indien met een andere sanctie niet kan worden volstaan. Het zal dan ook niet verbazen dat in verschillende zaken de vraag is gerezen of de werkgever niet een minder verstrekkende sanctie had moeten opleggen.

Deze factor komt regelmatig naar voren, zoals in het arrest van het Hof Den Bosch van 16 januari 2007,<sup>490</sup> waarin het hof tot het oordeel kwam dat de werkgever andere mogelijkheden (dan het ontslag op staande voet) had moeten aanwenden om het gedrag van de werknemer te corrigeren. In het vonnis van de

---

bekijkt, waardoor hij eraan bij heeft gedragen dat binnen het bedrijf een sfeer kon ontstaan waarin privébestellingen die niet op een transparante manier werden afgewikkeld, als normaal werden beschouwd. Andere werknemers waren voor dergelijke privébestellingen op staande voet ontslagen. Zie hiervoor de uitspraken 329 en 330.

<sup>484</sup> Uitspraak 142.

<sup>485</sup> Zie in dit verband de uitspraken 161, 234, 242, 247 en 270. Zie ook Boot 2005, p. 167, waar is geschreven dat de literatuur er eenduidig over is: het ontslag op staande voet is een ultimum remedium. Vgl. voorts Oostwouder 2013, p. 49 en Sagel 2013, p. 6 en 92.

<sup>486</sup> Uitspraak 16.

<sup>487</sup> Uitspraken 257 en 279.

<sup>488</sup> Uitspraak 239.

<sup>489</sup> Uitspraak 270.

<sup>490</sup> Uitspraak 1.

Kantonrechter Roermond van 6 augustus 2008<sup>491</sup> werd de vraag opgeworpen waarom de werkgever niet had gekozen voor een schorsing, een op non-actiefstelling van de werknemer, in plaats van het meteen grijpen naar de meeste verstrekkende wijze waarop een einde aan een arbeidsovereenkomst kan worden gemaakt: het ontslag op staande voet. Ook in het arrest van het Hof Amsterdam van 12 oktober 2010<sup>492</sup> werd geoordeeld dat de opvatting van de werkgever dat hij niet met een minder vergaande maatregel dan een ontslag op staande voet had kunnen volstaan, niet dient te worden gevolgd.<sup>493</sup>

De conclusie kan natuurlijk ook zijn dat de werkgever juist geen andere maatregel had hoeven treffen en dat het inderdaad gerechtvaardigd was de werknemer ontslag op staande voet te verlenen. Voor een voorbeeld van een dergelijk oordeel wijs ik op het vonnis van de Kantonrechter Heerenveen van 3 februari 2010,<sup>494</sup> waarin werd geoordeeld dat van de werkgever niet gevergd kon worden met een lichtere sanctie te volstaan.<sup>495</sup>

Wanneer wel een andere, minder vergaande, sanctie geïndiceerd wordt geacht, wordt blijkens de lagere rechtspraak in de meeste gevallen gedacht aan een (indringende) waarschuwing. Zo overwoog de Kantonrechter Zaandam in zijn vonnis van 31 mei 2007<sup>496</sup> bijvoorbeeld dat hij wel wil aannemen dat de werknemer zich niet altijd professioneel heeft gedragen, maar dat de verwijten onvoldoende waren om een ontslag op staande voet te kunnen rechtvaardigen. De kantonrechter voegde toe dat een ernstige waarschuwing meer op zijn plaats was geweest. Ook de Kantonrechter Arnhem oordeelde, bij vonnis van 30 maart 2012,<sup>497</sup> dat in die zaak een minder vergaande maatregel, zoals een ‘stevige waarschuwing’, meer op zijn plaats zou zijn geweest.<sup>498</sup>

Ook in een aantal andere zaken werd geoordeeld dat de werkgever de werknemer eerst op zijn gedrag had moeten aanspreken. Ik noem als voorbeeld het vonnis van de Kantonrechter Sittard-Geleen van 16 september 2009,<sup>499</sup> waarin werd overwogen dat, indien de werkgever werkelijk meende dat de

---

<sup>491</sup> Uitspraak 81.

<sup>492</sup> Uitspraak 210.

<sup>493</sup> Vgl. voorts de uitspraken 50, 260, 268, 273, 287 en 293, waarin werd geoordeeld dat een minder vergaande maatregel meer in de rede had gelegen.

<sup>494</sup> Uitspraak 164.

<sup>495</sup> Vgl. ook uitspraak 200.

<sup>496</sup> Uitspraak 22.

<sup>497</sup> Uitspraak 306.

<sup>498</sup> Zie voor andere zaken de uitspraken 1, 13, 38, 144, 157, 161, 220, 244 (waarin ook de mogelijkheid van ‘een andere disciplinaire maatregel’ werd genoemd), 269 en 276.

<sup>499</sup> Uitspraak 137.

werknemer fundamenteel tekortschoot, hij hem daarop had moeten aanspreken en op adequate wijze dienen aan te sturen, waarbij schriftelijke verslaglegging, aldus de kantonrechter, als eerste in de rede had gelegen. Ook in de zaak die leidde tot het arrest van 7 september 2010<sup>500</sup> was het Hof Den Bosch van oordeel dat van de werkgever verwacht had mogen worden dat hij de werknemer had aangesproken op de geconstateerde handelwijze en hem erop had gewezen dat dit voor de werkgever een reden zou kunnen zijn om tot ontslag op staande voet over te gaan.<sup>501</sup>

Andere in de bestudeerde rechtspraak wel geopperde maatregelen betreffen het schorsen van de werknemer,<sup>502</sup> het geven van een berisping,<sup>503</sup> dan wel het opleggen van een loonsanctie.<sup>504</sup> Overigens wil het enkele feit dat de arbeidsovereenkomst in een bepaalde sanctie voorziet, zoals bijvoorbeeld het verbeuren van een boete, niet zeggen dat de werkgever niet zou mogen kiezen voor een andere sanctie, zoals een ontslag op staande voet, zo volgt uit het arrest van het Hof Arnhem van 31 juli 2012.<sup>505</sup>

Indien het op zichzelf een gerechtvaardigd streven van de werkgever is het dienstverband met de werknemer te beëindigen, is een ontslag op staande voet daartoe niet altijd de geëigende route. In een drietal zaken kwam uitdrukkelijk aan de orde dat de werkgever had moeten kiezen voor een andere weg. Zo overwoog de Kantonrechter Sittard-Geleen in zijn vonnis van 7 juli 2010,<sup>506</sup> dat het op de weg van de werkgever had gelegen om het arbeidsconflict met de werknemer door middel van reguliere middelen op te lossen dan wel een regelmatige beëindiging van de arbeidsrelatie na te streven. Ook het Hof Arnhem overwoog, bij arrest van 2 augustus 2011,<sup>507</sup> dat de werkgever voor een andere sanctie – bijvoorbeeld geen loon betalen over de niet gewerkte uren – had kunnen opleggen dan wel door op ‘normale’ wijze, dat wil zeggen met inachtneming van de geldende opzegtermijn, de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Ten slotte noem ik het vonnis van de Kantonrechter Lelystad, gedateerd 13 juni 2012.<sup>508</sup> De kantonrechter oordeelde dat de werkgever in plaats van een

---

<sup>500</sup> Uitspraak 205.

<sup>501</sup> Zie voor andere zaken waarin de werkgever de werknemer eerst op zijn gedrag had moeten aanspreken de uitspraken 180 en 252.

<sup>502</sup> Uitspraak 268.

<sup>503</sup> Uitspraak 276.

<sup>504</sup> Zie daarvoor de uitspraken 268, 273 en 292.

<sup>505</sup> Uitspraak 331.

<sup>506</sup> Uitspraak 192.

<sup>507</sup> Uitspraak 260.

<sup>508</sup> Uitspraak 320.

ontslag op staande voet had behoren te kiezen voor een reguliere ontbinding of opzegging van de arbeidsovereenkomst. De Kantonrechter Haarlem vatte het kort samen door in zijn vonnis van 29 april 2010<sup>509</sup> te overwegen, dat het er op neer komt dat sprake moet zijn van feiten en/of omstandigheden van dusdanige ernstige en klemmende aard, dat in redelijkheid niet kan worden gewacht op een andere wijze van beëindiging, bijvoorbeeld door opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter.

#### **6.3.7.7 De werkgever c.q. werknemer heeft aangegeven een andere sanctie te willen accepteren**

Dat de werkgever er voorafgaand aan het verlenen van het ontslag op staande voet blijkt van heeft gegeven dat hij ook een andere, minder vergaande, sanctie had willen accepteren, kan ook een rol spelen bij de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Dat was allereerst aan de orde in het arrest van het Hof Den Haag van 8 maart 2011.<sup>510</sup> De werkgever had de werknemer, na een periode van arbeidsongeschiktheid, opgeroepen om op 1 september 2010 weer aan het werk te gaan. In de oproepingsbrief had de werkgever vermeld, wat de sanctie zou zijn indien de werknemer de werkzaamheden niet zou hervatten: ‘Indien u niet verschijnt eist het UWV van Roomburgh (de werkgever, JQ) dat de loonbetaling wordt opgeschort.’ Het gerechtshof overwoog dat tegen deze achtergrond niet goed te volgen is dat de werkgever, toen de werknemer niet op het werk verscheen, niet is overgegaan tot stopzetting van de loondoorbetaling (al dan niet vergezeld van een herhaalde oproep om op het werk te verschijnen en te praten over re-integratie), maar direct zijn toevlucht heeft genomen tot een ontslag op staande voet.

Ik wijs voorts op het vonnis van de Kantonrechter Almelo van 19 april 2011,<sup>511</sup> waarin werd vastgesteld dat de werkgever in de periode na het ontslag op staande voet zelf blijkt heeft gegeven te twijfelen aan de geldigheid van het ontslag op staande voet en onderhandelingen met de werknemer heeft gevoerd om de arbeidsovereenkomst in onderling overleg te beëindigen. Deze omstandigheid heeft mede geleid tot het oordeel dat geen sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet.<sup>512</sup>

---

<sup>509</sup> Uitspraak 182.

<sup>510</sup> Uitspraak 234.

<sup>511</sup> Uitspraak 246.

<sup>512</sup> Koevoets is kritisch in haar noot onder deze uitspraak. Zo heeft zij de vraag opgeworpen welke werkgever na een ontslag op staande voet nog bereid is te praten over een minnelijke regeling, indien dit in een procedure als een argument tegen hem kan worden gebruikt.



Hier tegenover staat het arrest van het Hof Arnhem van 2 augustus 2011.<sup>513</sup> Ook in deze zaak had de werkgever na het verleende ontslag op staande voet een voorstel gedaan om de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de geldende opzegtermijn op te zeggen. Deze omstandigheid, zo overwoog het hof, kan echter niet aan de werkgever worden tegengeworpen en speelt geen rol bij de beoordeling van de vraag of het ontslag op staande voet terecht gegeven is.<sup>514</sup>

Ik wijs verder op het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 21 september 2011.<sup>515</sup> De werknemer in deze zaak was op staande voet ontslagen vanwege (onder andere) het overtreden van het concurrentiebeding. Deze overtreding leverde naar het oordeel van de kantonrechter echter geen dringende reden op, onder meer omdat de werkgever de werknemer reeds eerder schriftelijk op de overtreding had aangesproken en daarbij aanspraak had gemaakt op de verbeurde boete. De werkgever had de overtreding van het concurrentiebeding dus reeds ‘gesanctioneerd’.

Ook kan van belang zijn dat de werknemer zelf al heeft laten weten een andere maatregel dan een ontslag op staande voet te willen ondergaan. Van zo’n situatie was sprake in het vonnis van de Kantonrechter Haarlem van 31 mei 2007.<sup>516</sup> In deze zaak had een Martinair-gezagvoerder van een Boeing 767 een assistent-purser vastgepakt en geagiteerd toegesproken. Dit gedrag heeft geleid tot het ontslag op staande voet. De piloot had daarop aangegeven andere maatregelen te willen accepteren, zoals een functionele stap terug. De kantonrechter vond dat van Martinair had mogen worden verwacht dat zij die mogelijkheden had overwogen en daarover met de werknemer had gesproken, in plaats van meteen de vergaande maatregel van ontslag op staande voet te nemen.

#### **6.3.7.8      Andere sanctie had niet het gewenste resultaat**

Een andere omstandigheid die van belang kan zijn is dat een eerder aan de werknemer opgelegde sanctie geen, althans niet het gewenste, effect heeft gehad. Deze factor speelde een rol in het arrest van het Hof Den Bosch van

---

<sup>513</sup> Uitspraak 260, welke uitspraak ook door Koevoets is geannoteerd. Naar haar oordeel overwoog het hof terecht dat het feit dat de werkgever een voorstel tot beëindiging had gedaan, niet aan hem kon worden tegengeworpen en ook geen rol kon spelen bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet.

<sup>514</sup> Zie over de vraag of dergelijke omstandigheden, die zich na de ontslagverlening hebben voorgedaan, überhaupt in de beoordeling kunnen worden betrokken onder andere Verhulp 2005, p. 6-7.

<sup>515</sup> Uitspraak 269.

<sup>516</sup> Uitspraak 21.

1 mei 2007.<sup>517</sup> In deze zaak had de werknemster de gedragsregels bij arbeidsongeschiktheid niet nageleefd. Hiervoor had de werkgever reeds eerder een loonsanctie toegepast. De werknemster zag hierin, zo is in het arrest van het hof vermeld, geen prikkel om alsnog haar verblijfplaats bij de werkgever bekend te maken of voor haar afwezigheid een verklaring te geven. Dat deze loonsanctie niet het gewenste resultaat heeft gehad, werd door het hof van belang geacht bij de vraag of sprake was van een dringende reden wegens het opnieuw schenden van voornoemde gedragsregels.

Het klinkt voor de hand liggend, maar het is natuurlijk wel van belang dat de werkgever ook daadwerkelijk afwacht of een opgelegde maatregel het gewenste effect heeft of niet. In de zaak die leidde tot het vonnis van de Kantonrechter Alkmaar van 18 augustus 2010<sup>518</sup> was de werkgever te snel geweest met het ontslag op staande voet. De werkgever was twee dagen na zijn brief waarin de opschorting van de loondoorbetaling aan de werknemer was medegedeeld al overgegaan tot het verlenen van ontslag op staande voet, zonder evenwel het effect van de eerder opgelegde maatregel af te wachten. Deze factor heeft mede geleid tot het oordeel dat geen sprake was van een dringende reden.

#### **6.3.7.9 Algemene praktijk/gedoogcultuur**

Ook de binnen de onderneming van de werkgever bestaande praktijk of cultuur kan een rol spelen in het kader van de beoordeling van de dringende reden. Illustratief in dit kader is het arrest van het Hof Den Bosch van 16 januari 2007.<sup>519</sup> Naar het oordeel van het hof was de door de werknemer gestelde algemene praktijk een belangrijke omstandigheid die meeweegt bij de beantwoording van de vraag of in dit geval sprake was van een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW. Immers, indien binnen het bedrijf van de werkgever een gedoogcultuur, althans een (vrij) algemeen gebruik bestond dat afval door werknemers ten eigen bate mocht worden verkocht, is er geen reden daarover aan de werknemer een zodanig ernstig verwijt te maken als door de werkgever werd gedaan.<sup>520</sup> Ook in het arrest van het Hof Leeuwarden van 22 juni 2010<sup>521</sup> werd overwogen dat ook rekening dient te worden gehouden met een mede door de leidinggevende van de werknemer gekleurde bedrijfscultuur. In het vonnis

---

<sup>517</sup> Uitspraak 15.

<sup>518</sup> Uitspraak 201.

<sup>519</sup> Uitspraak 1.

<sup>520</sup> Uit deze uitspraak blijkt dat dit gezichtspunt zeker ook raakvlakken heeft met het eerste gezichtspunt uit het arrest Schrijver/Van Essen, namelijk de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt.

<sup>521</sup> Uitspraak 188.

van de Kantonrechter Winschoten van 15 september 2011<sup>522</sup> speelde de bedrijfscultuur eveneens een rol. In die zaak heerste bij de werkgever een cultuur waarin roken op (delen van) de werkvloer normaal werd gevonden. De opvolgend werkgever probeerde dat te veranderen door onder geen beding roken op de werkvloer toe te staan. De kantonrechter oordeelde echter dat het ontslag op staande voet wegens overtreding van het rookverbod een brug te ver was, aangezien het voor de werknemer (nog) niet zonneklaar was dat overtreding met een ontslag op staande voet zou worden beantwoord. De kantonrechter overwoog verder dat niet valt in te zien waarom de gewenste cultuuromslag niet had kunnen worden bereikt met een minder zwaar middel, bijvoorbeeld schorsing of inhouding van loon.

De werknemer moet dus wel de tijd worden gegund om aan een (door de werkgever gewenste) cultuuromslag te wennen, zo volgt ook uit het arrest van het Hof Arnhem van 28 april 2009.<sup>523</sup> Uit deze uitspraak blijkt dat de werkgever nog maar kort voor het ontslag op staande voet een ander beleid had ingevoerd, waarbij niet de kwantiteit, maar de kwaliteit voorop stond. Toen de werknemer niet geheel volgens het (nieuwe) protocol had gewerkt, werd hij op staande voet ontslagen. Het hof oordeelde te dien aanzien onder meer dat niet is uit te sluiten dat de werknemer, zoals hij zelf heeft gesteld, nog niet (voldoende) aan de cultuuromslag was gewend.

Ook uit het handelen van bepaalde bedrijfsfunctionarissen kan een algemene praktijk worden afgeleid, zo blijkt uit het door het Hof Leeuwarden op 26 juni 2012 gewezen arrest.<sup>524</sup> Het hof oordeelde dat uit de bewijslevering volgde dat het ervoor moet worden gehouden dat de overeenkomst weliswaar zonder toestemming van de raad van commissarissen, maar met toestemming van de voorzitter van die raad is gesloten. Als deze afwijking van de 'standing orders' behalve door de werknemer ook door die voorzitter zelf veronachtzaamd werd, was zij kennelijk, aldus het hof, niet zozeer in strijd met de gebruikelijke gang van zaken binnen het concern dat zij als dringende ontslagreden kan worden aangemerkt.

#### **6.3.7.10 Het tijdstip waarop de verweten gedraging heeft plaatsgevonden**

Het moment waarop de aan de werknemer verweten gedraging had plaatsgevonden werd van belang geacht in het vonnis van de Kantonrechter Rotterdam

---

<sup>522</sup> Uitspraak 268.

<sup>523</sup> Uitspraak 121.

<sup>524</sup> Uitspraak 323.

van 21 februari 2012.<sup>525</sup> De werknemster (met psychische problemen),<sup>526</sup> had op 24 december 2011 goederen uit de winkel waar zij werkte in haar tas gedaan. Zij heeft deze goederen zonder af te rekenen meegenomen, waarna zij door de werkgever wegens diefstal op staande voet werd ontslagen. De kantonrechter heeft het tijdstip waarop deze gedraging plaatsvond in de beoordeling betrokken. Dienaangaande overwoog de rechter dat het daags voor kerst was en dat de werknemster zich zorgen maakte omdat zij de kerstdagen alleen zou moeten doorbrengen. Dat zij daarom gedachteloos of zich zonder bewust te zijn de pudding<sup>527</sup> niet heeft afgerekend, achtte de kantonrechter voldoende aannemelijk. Onder andere deze omstandigheid leidde de kantonrechter tot het oordeel dat geen sprake was van een dringende reden.

#### **6.3.7.11 De houding van de werknemer na de verweten gedraging**

De houding die de werknemer heeft aangenomen nadat de hem verweten gedraging heeft plaatsgevonden, kan eveneens van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of die gedraging het ontslag op staande voet rechtvaardigt.

In dit verband speelt allereerst een rol of de werknemer een poging tot herstel heeft gedaan. Het arrest van het Hof Den Haag van 21 september 2007<sup>528</sup> biedt een eerste voorbeeld van een zaak waarin deze factor een rol speelde. Het hof overwoog dat de werknemer niets had ondernomen om het geschokte vertrouwen van de werkgever te herstellen, hetgeen naar het oordeel van het hof, gelet ook op de vertrouwensfunctie van de werknemer, wel op zijn weg had gelegen. Deze omstandigheid heeft blijkens het arrest bijgedragen aan het oordeel dat sprake was van een dringende reden.

De Kantonrechter Heerenveen overwoog in zijn vonnis van 2 maart 2011,<sup>529</sup> dat de werknemer ook in de vijf dagen nadat hij sigaretten had gepakt zonder daarvoor te betalen, dit verzuim niet heeft hersteld. Indien, zo vervolgde de kantonrechter, de werknemer per abuis heeft verzuimd te betalen, dan had het in ieder geval van de werknemer mogen worden verwacht dat hij in één van de volgende dagen alsnog tot betaling zou overgaan. Gelet op deze omstandigheid achtte de kantonrechter het verweer van de werknemer, dat hij per abuis heeft verzuimd te betalen, weinig aannemelijk.

---

<sup>525</sup> Uitspraak 294.

<sup>526</sup> Zie daarover paragraaf 6.3.7.4.

<sup>527</sup> Volgens de werkgever had de werknemster zich ook schuldig gemaakt aan het meenemen van een pak wasmiddel. In tegenstelling tot de pudding werd de diefstal van het wasmiddel wel door de werknemster betwist.

<sup>528</sup> Uitspraak 34.

<sup>529</sup> Uitspraak 231.

Interessant is voorts het vonnis van de Kantonrechter Utrecht, gewezen op 13 april 2011.<sup>530</sup> In deze zaak had de werkneemster een zwangerschapsverklaring vervalst. Nadat dit uitkwam is de werkgever met haar in gesprek gegaan en is zij in de gelegenheid gesteld alsnog de daadwerkelijk uitgerekende bevallingsdatum kenbaar te maken. De kantonrechter oordeelde dat de werkgever terecht heeft benadrukt dat hij de werkneemster meermalen de kans heeft gegeven om de vervalsing recht te zetten en dat voor de werkgever zwaar meetelt dat de werkneemster van die gelegenheid geen gebruik heeft gemaakt. De kantonrechter nam uiteindelijk een dringende reden voor ontslag op staande voet aan.

Ook het arrest van het Hof Leeuwarden van 3 juli 2012<sup>531</sup> is van belang. In deze zaak was de werknemer op staande voet ontslagen omdat hij (computer)bestanden van klanten had gekopieerd en naar zijn privé-mailadres had verzonden. De werknemer had zijn fout ‘hersteld’ door de gekopieerde bestanden te wissen. Dat mocht hem echter niet baten. Het hof overwoog dat het feit dat de werknemer de bestanden later alsnog heeft gewist, niet maakt dat de grondslag aan het ontslag op staande voet is komen te ontvallen.

Uit het voorgaande blijkt dat de werknemer soms wordt tegengeworpen dat hij geen poging tot herstel heeft gedaan, terwijl de omstandigheid dat hij dat wel heeft gedaan, niet steeds in zijn voordeel bijdraagt aan het oordeel over de dringende reden van het ontslag op staande voet.

Voor wat betreft de houding van de werknemer nadat de verweten gedraging heeft plaatsgevonden, kan ook betekenis toekomen aan de vraag of de werknemer nadien een (deugdelijke) verklaring heeft gegeven. Meestal komt deze omstandigheid aan de orde wanneer de werknemer juist geen verklaring voor zijn gedrag heeft gegeven, zoals in het vonnis van de Kantonrechter Heerlen van 25 augustus 2010.<sup>532</sup> In deze zaak was de werkneemster wegens diefstal op staande voet ontslagen, welke diefstal op videobeelden was vastgelegd. De kantonrechter stelde vast dat hoewel de werkneemster de diefstal betwist en stelt dat de videobeelden voor meerdere uitleg vatbaar zijn, zij heeft nagelaten een deugdelijke verklaring voor haar handelen te geven. Ook uit diverse andere uitspraken<sup>533</sup> volgt dat het doorgaans niet in zijn voordeel is wanneer de werknemer nalaat een verklaring omtrent de hem verweten gedraging(en) te geven.

---

<sup>530</sup> Uitspraak 243.

<sup>531</sup> Uitspraak 324.

<sup>532</sup> Uitspraak 203.

<sup>533</sup> Zie daarvoor de uitspraken 14, 79, 209, 221, 282 en 285.

Wanneer de werknemer wel opening van zaken geeft, kan van belang zijn of de door hem afgelegde verklaring in voldoende mate overtuigt. Als dat niet het geval is, spreekt ook dat niet in het voordeel van de werknemer. Zo kwam in de bestudeerde rechtspraak aan de orde dat:

- de verklaring van de werknemer over onder andere het gebruik van de zakelijke creditcard niet of onvoldoende overtuigt;<sup>534</sup>
- de werknemer geen redelijke verklaring heeft gegeven voor zijn tankgedrag;<sup>535</sup>
- de werknemer geen plausibele verklaring heeft gegeven voor het niet melden van de omvang van een dienstverband elders;<sup>536</sup>
- de door de werknemer opgegeven redenen voor het feit dat hij met zijn hand in aan anderen toebehorende bagage zat niet overtuigen;<sup>537</sup>
- de werkneemster geen afdoende verklaring heeft gegeven voor het feit dat zij – tegen de interne instructies in – dollars heeft omgewisseld;<sup>538</sup> en
- dat de werknemer heeft nagelaten uit de doeken te doen waarom hij de raad van commissarissen niet van correcte informatie had voorzien.<sup>539</sup>

Een uitspraak waarin de rechter uitdrukkelijk overwoog dat de verklaring van de werknemer ‘bepaald niet onaannemelijk’ werd geacht, is het arrest van het Hof Leeuwarden van 12 januari 2010.<sup>540</sup> De werknemer had toegelicht dat geen sprake was van diefstal van een fles Bacardi, maar dat hij deze fles aan een andere horecaondernemer had uitgeleend.

In twee van de bestudeerde uitspraken speelde een rol dat de werknemer een leugenachtige verklaring heeft gegeven. Daarvan was sprake in de zaak die leidde tot het vonnis van de Kantonrechter Emmen van 10 november 2010.<sup>541</sup> In deze zaak stelde de kantonrechter vast dat de werkneemster niet alleen artikelen van Aldi, haar werkgever, had meegenomen zonder daarvoor te betalen, maar ook dat zij, toen zij hiermee werd geconfronteerd, daarover een leugenachtige

---

<sup>534</sup> Uitspraak 110.

<sup>535</sup> Uitspraak 128.

<sup>536</sup> Uitspraak 148.

<sup>537</sup> Uitspraak 166.

<sup>538</sup> Uitspraak 196.

<sup>539</sup> Uitspraak 230.

<sup>540</sup> Uitspraak 160.

<sup>541</sup> Uitspraak 214.

verklaring heeft afgelegd. Dat was ook aan de orde in de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 10 mei 2012,<sup>542</sup> in welke zaak echter geen dringende reden werd aangenomen. De werknemer in deze zaak was betraptd toen hij een aantal aan de werkgever toebehorende bakken in zijn auto had staan. De werknemer heeft hierover verklaard dat hij deze slechts wilde lenen en dat hij niet de bedoeling had de bakken voor zichzelf te behouden. De kantonrechter overwoog dat twijfel over de door de werknemer gestelde bedoeling kan worden afgeleid uit het feit dat de werknemer niet meteen op de vraag waar de bakken ‘uit het gangetje’ waren gebleven, heeft geantwoord dat deze in zijn auto stonden, maar (in strijd met de waarheid) heeft gezegd dat de bakken ‘in de lange loods’ stonden. Aldus de kantonrechter kwam aan deze twijfel echter niet een zodanig zwaarwegende betekenis toe dat de diefstal wel in voldoende mate aannemelijk is geworden.

Verder kan van belang zijn of de werknemer al dan niet spijt heeft betuigd. In de eerste in dit verband te noemen zaak had de werknemer zijn directeur uitgemaakt voor racist. In de procedure die volgde en die resulteerde in het vonnis van de Kantonrechter Enschede van 12 mei 2011,<sup>543</sup> overwoog de rechter dat het feit dat de werknemer de volgende dag – tevergeefs – zijn excuses heeft willen aanbieden, hem thans niet meer kan baten. In het vonnis van de Kantonrechter Nijmegen van 25 mei 2012<sup>544</sup> kwam aan de orde dat gesteld noch gebleken was dat de werknemer op enig later moment zijn verontschuldigingen had aangeboden voor het verzenden van een qua toon en woordkeuze ongepast e-mailbericht.<sup>545</sup>

In diverse andere zaken heeft de werknemer wel spijt betuigd. Ik wijs allereerst op het vonnis van de Kantonrechter Amersfoort van 26 juni 2007,<sup>546</sup> waarin in de beoordeling werd betrokken dat de werknemster binnen een uur per telefoon en per e-mail spijt heeft betuigd van haar vertrek en heeft aangeboden weer aan het werk te gaan. In deze zaak werd uiteindelijk geoordeeld dat geen sprake was van een dringende reden. Ook geen dringende reden werd aangenomen in het arrest van het Hof Amsterdam van 12 juli 2007.<sup>547</sup> Het hof heeft in zijn beoordeling van de zaak betrokken dat de

---

<sup>542</sup> Uitspraak 311.

<sup>543</sup> Uitspraak 250.

<sup>544</sup> Uitspraak 315.

<sup>545</sup> Uit de (gepubliceerde) uitspraak wordt niet duidelijk aan wie binnen het bedrijf van de werkgever het e-mailbericht is verzonden.

<sup>546</sup> Uitspraak 23.

<sup>547</sup> Uitspraak 26.

werknemer zijn excuses heeft aangeboden en duidelijk heeft gemaakt dat hij deze fout (het doorzenden van bedrijfsinformatie aan collega's) niet nog eens zou maken. Wel een dringende reden werd aangenomen in de uitspraak van de Kantonrechter Haarlem van 26 maart 2008.<sup>548</sup> De rechter overwoog in die kwestie dat de e-mail van de werknemer achteraf, dat hij het ontslag betreurt, geen verandering in het oordeel brengt. Ook in het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 11 november 2009<sup>549</sup> kende de rechter belang toe aan het feit dat de werknemer zijn excuses had gemaakt. De kantonrechter achtte in deze zaak van belang dat de werknemer, meteen nadat hij was geconfronteerd met het ontslag op staande voet, schriftelijk heeft aangegeven dat hij de gang van zaken betreurde en dat hij bereid was om per direct zijn werkzaamheden weer te verrichten. De kantonrechter kwam tot het oordeel dat er onvoldoende grond was voor een ontslag op staande voet. Ook in het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 15 februari 2012<sup>550</sup> werd geen dringende reden aangenomen, onder andere omdat de werkgever en werknemer het gedrag van de werknemer in een constructieve sfeer hebben besproken, waarbij de werknemer zijn excuses heeft gemaakt.

In het kader van de door de werknemer aangenomen houding kan ten slotte van belang zijn dat de werknemer beseft wat hij heeft gedaan en dat hij dit niet bagatelliseert. Zo werd in het vonnis van de Kantonrechter Haarlem van 2 januari 2008<sup>551</sup> van belang geacht dat de werknemer beseft dat hij het (interne) beleid van de werkgever heeft geschonden en dat hij een en ander geenszins bagatelliseert. Ook in diverse andere uitspraken werd in de beoordeling betrokken dat de werknemer beseft dat hij zich in ieder geval van fysiek contact met de bedrijfsarts had moeten onthouden,<sup>552</sup> dat de werknemer achteraf inziet dat hij een verkeerde keuze heeft gemaakt,<sup>553</sup> dat de werknemer beseft dat wat hij deed niet door de beugel kan<sup>554</sup> en dat de werknemer inziet dat hij onjuist heeft gehandeld.<sup>555</sup>

---

<sup>548</sup> Uitspraak 58.

<sup>549</sup> Uitspraak 147.

<sup>550</sup> Uitspraak 291.

<sup>551</sup> Uitspraak 50.

<sup>552</sup> Uitspraak 117.

<sup>553</sup> Uitspraak 219.

<sup>554</sup> Uitspraak 248.

<sup>555</sup> Uitspraak 264.



**6.3.7.12 Collega krijgt geen of een andere sanctie opgelegd**

Een andere omstandigheid die van belang kan zijn, is het gegeven dat de werkgever niet alle werknemers dezelfde sanctie oplegt. Met enige regelmaat wordt door werknemers aangevoerd dat het ontslag op staande voet geen stand kan houden, mede omdat een collega, die hetzelfde of een vergelijkbaar verwijt wordt gemaakt of kan worden gemaakt, geen dan wel een lichtere sanctie krijgt opgelegd. In sommige gevallen wordt deze factor in het voordeel van de werknemer in de beschouwing meegenomen. Dat was onder andere het geval in het vonnis van de Kantonrechter Heerenveen van 20 januari 2010,<sup>556</sup> waarin de kantonrechter van belang achtte dat McDonald's, de werkgever, kennelijk met twee maten meet nu zij een andere betrokken werknemer niet op staande voet heeft ontslagen. In gelijke zin oordeelde het Hof Den Bosch in zijn op 30 maart 2010 gewezen arrest.<sup>557</sup> Het hof overwoog dat gesteld noch gebleken was dat een andere betrokken werknemster enige sanctie opgelegd heeft gekregen, laat staan dat haar ontslag op staande voet is aangezegd. Ik wijs voorts op het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden van 6 april 2011,<sup>558</sup> waarin werd geoordeeld dat het ontslag op staande voet een niet-proportionele sanctie is, zeker gelet op het feit dat tegen enkele andere werknemers die zich op het (interne) forum in negatieve zin over het nieuwe beleid hebben uitgelaten, niet een dergelijke verstreckende maatregel is getroffen.

In andere zaken vindt de werknemer bij de rechter minder gehoor met dit argument.<sup>559</sup> Zo overwoog het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba in het vonnis van 27 augustus 2010,<sup>560</sup> dat de werknemer heeft erkend bepaalde 'performance checks' niet te hebben uitgevoerd, maar dat dit wel vaker gebeurde bij anderen zonder dat er maatregelen werden getroffen. In reactie op deze stelling overwoog het hof dat niet vaststaat dat anderen die checks uit nalatigheid niet hebben uitgevoerd, zodat het hof aan de stelling van de werknemer voorbij ging.

Ook het Hof Arnhem was in het arrest van 3 januari 2012<sup>561</sup> niet gevoelig voor het 'gelijke monniken, gelijke kappen'-verweer van de werknemer. Het hof oordeelde dat aan het niet opleggen van een disciplinaire

---

<sup>556</sup> Uitspraak 161.

<sup>557</sup> Uitspraak 175.

<sup>558</sup> Uitspraak 239.

<sup>559</sup> Die rechtspraak is in lijn met de stelling van Sagel, dat het bestaan van een dringende reden hoogst zelden met een beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt bestreden. Sagel 2013, p. 390.

<sup>560</sup> Uitspraak 204.

<sup>561</sup> Uitspraak 283.

maatregel aan de betrokken collega van de werknemer niet de slotsom verbonden kan worden dat de werkgever redelijkerwijs niet een zo vergaande maatregel jegens de werknemer heeft mogen nemen als hij heeft gedaan, te weten een ontslag op staande voet. In zijn vonnis van 1 februari 2012<sup>562</sup> volgde de Kantonrechter Heerenveen een vergelijkbare lijn. De kantonrechter overwoog dat, voor zover de werknemer met zijn stelling dat zijn assistent niet is ontslagen, heeft willen aanvoeren dat er door Bouwmarkt, de werkgever, met twee maten gemeten wordt, in deze procedure alleen de handelwijze van de werknemer ter beoordeling staat. Bovendien was van belang dat de werkgever onweersproken had aangevoerd dat deze assistent niet dezelfde gedragingen kon worden verweten.

Ook het Hof Leeuwarden oordeelde, bij arrest van 3 juli 2012,<sup>563</sup> dat het enkele feit dat de werkgever geen arbeidsrechtelijke maatregelen tegen een betrokken collega heeft genomen en dergelijke maatregelen ook niet heeft aangezegd, niet maakt dat daarmee het objectief en subjectief dringende karakter aan het ontslag is komen te ontvallen.<sup>564</sup>

#### **6.3.7.13 Collega's willen dat werknemer blijft**

Een geval waarin de collega's van de werknemer het niet eens waren met het aan hem verleende ontslag op staande voet, deed zich voor in de zaak die aanleiding gaf tot het vonnis van de Kantonrechter Haarlem van 26 maart 2008.<sup>565</sup> In deze zaak had een voorman de geldende veiligheidsvoorschriften moedwillig overtreden door op een gevaarlijke wijze met een heftruck om te gaan. Nadat de voorman op staande voet was ontslagen, zijn zijn collega's een 'handtekeningactie' gestart. Het mocht niet baten. De kantonrechter oordeelde dat de wens van een groep werknemers om een collega in dienst te laten, een werkgever niet het recht kan ontnemen een werknemer op staande voet te ontslaan, indien dat met het oog op alle omstandigheden van het geval gerechtvaardigd is.<sup>566</sup>

---

<sup>562</sup> Uitspraak 288.

<sup>563</sup> Uitspraak 324.

<sup>564</sup> Ik wijs voorts op uitspraak 64. In deze zaak is vastgesteld dat aan een collega slechts een waarschuwing is gegeven, terwijl niet duidelijk is gemaakt of deze omstandigheid nu wel of niet ten voordele van de werknemer heeft meegewogen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet.

<sup>565</sup> Uitspraak 58.

<sup>566</sup> Vgl. ook uitspraak 287, waarin de rechter in de beoordeling betrok dat de werkneemster geliefd was bij haar medewerkers.

**6.3.7.14 Onrust op de werkvloer bij terugkeer van de werknemer**

In één van de onderzochte uitspraken werd door de werkgever aangevoerd dat er onrust op de werkvloer zou ontstaan indien de werknemer daar zou moeten terugkeren. Het ging in deze zaak om een werknemer die door ABN AMRO op staande voet was ontslagen nadat hij tot een gevangenisstraf was veroordeeld wegens het seksueel misbruiken van zijn stiefzoontje. Het Hof Amsterdam oordeelde in zijn arrest van 17 februari 2009,<sup>567</sup> dat geen sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet en dat de omstandigheid dat er onrust op de werkvloer zou ontstaan bij terugkeer van de werknemer hierin geen verandering brengt.<sup>568</sup>

**6.3.7.15 Is de arbeidsprestatie negatief beïnvloed?**

De vraag of de arbeidsprestatie in negatieve zin is beïnvloed door de aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde gedraging, kan eveneens een factor zijn die wordt betrokken bij de beoordeling van de vraag of dat ontslag stand houdt. In de arresten van het Hof Arnhem van 17 maart 2009<sup>569</sup> kwam aan de orde dat gesteld noch gebleken was dat de arbeidsprestatie van de betrokken werknemers in negatieve zin was beïnvloed doordat zij voorbereidende handelingen hadden verricht in het kader van een op te zetten concurrerende onderneming. Het Hof Arnhem stelde ook in zijn arrest van 1 maart 2011<sup>570</sup> vast dat het functioneren van de werknemer niet in negatieve zin was beïnvloed door de aan de werknemer verweten gedragingen. Dit aspect kwam ook aan de orde in het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 14 oktober 2009.<sup>571</sup> In deze zaak werd vastgesteld dat de door de werkneemster, een advocaat, behaalde omzet en haar functioneren niet hebben geleden onder haar privégebruik van internet en e-mail.

Dicht tegen dit gezichtspunt aan ligt de omstandigheid dat de gedragingen die tot het ontslag op staande voet aanleiding hebben gegeven zich (volledig) in de privésfeer hebben voorgedaan. In de regel zal het functioneren daarvan dan geen hinder hebben ondervonden. Het aspect van de privésfeer kwam aan de orde in het arrest van het Arnhemse Hof van 14 oktober 2009. In die zaak was de

---

<sup>567</sup> Uitspraak 106, welk arrest aanleiding heeft gegeven tot HR 17 december 2010, JAR 2011/19, m.nt. Koevoets en JIN 2011/66, m.nt. Houweling.

<sup>568</sup> Vgl. Sagel & Ubink 1997, p. 675, alwaar is geschreven dat het feit dat door het plegen van een delict een onwerkbaar situatie is ontstaan, als een voor de werknemer verzwarende omstandigheid kan worden aangemerkt.

<sup>569</sup> Uitspraken 111 en 112.

<sup>570</sup> Uitspraak 229.

<sup>571</sup> Uitspraak 144.

werknemer op staande voet ontslagen wegens het hebben van een (affectieve) relatie met een minderjarig kind, waarvan het hof overwoog dat deze zich in de privésfeer had voltrokken. Deze omstandigheid woog ook mee in de uitspraak van de Kantonrechter Leeuwarden van 1 februari 2011.<sup>572</sup> In de zaak die tot dit vonnis leidde was een leerling-kok door het hotel waar zij werkte op staande voet ontslagen, omdat zij had meegewerkt aan een erotisch getinte film. De kantonrechter achtte van belang dat de gewraakte handelingen van de werknemster zich volledig in de privésfeer hadden afgespeeld.

Overigens kan het ‘privésfeer-verweer’ de werknemer niet altijd baten, zo blijkt uit het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 19 juli 2010.<sup>573</sup> In deze zaak was de werknemer, een parkwachter van een dierentuin op staande voet ontslagen, onder andere vanwege smokkel van vogels in zijn handbagage tijdens een vliegreis. Hoewel niet duidelijk uit de uitspraak blijkt waarom, verwierp het hof in ieder geval wel het verweer van de werknemer dat de handel in vogels in de privésfeer plaatsvond.

#### **6.3.7.16 De werknemer was vrijgesteld van de bedongen arbeid**

Ook deze omstandigheid kan een rol spelen bij beantwoording van de vraag of een bepaalde gedraging van de werknemer een ontslag op staande voet rechtvaardigt. Dat blijkt uitdrukkelijk uit het arrest van het Hof Den Bosch van 1 mei 2007,<sup>574</sup> waarin het hof het feit dat de werknemster – in verband met haar boventalligheid – was vrijgesteld van werkzaamheden (anders dan de kantonrechter) niet in haar voordeel heeft meegewogen. Het hof legde hieraan ten grondslag dat dit feit de werknemster immers niet ontsloeg van haar verplichting om zich als goed werknemer te gedragen en om zich in te spannen om het ‘employability traject’, met het oog waarop zij juist van haar oorspronkelijke werkzaamheden was vrijgesteld, tot een succes te maken. Het meermalen geen gehoor geven aan oproepen om bij de bedrijfsarts te verschijnen leverde in deze zaak, nadat ook een loonsanctie geen effect had gesorteerd, een dringende reden op.

In het arrest van het Hof Amsterdam van 3 mei 2011 werd deze factor wel in het voordeel van de werknemer meegewogen. Ook in deze zaak speelde (onder andere) dat de werknemer niet verscheen op het spreekuur van de bedrijfsarts. Het hof oordeelde dat de door de werkgever opgegeven reden niet ernstig genoeg was om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen. Bij dit oordeel heeft het hof meegewogen dat de werknemer in het kader van een

---

<sup>572</sup> Uitspraak 228.

<sup>573</sup> Uitspraak 195.

<sup>574</sup> Uitspraak 15.

reorganisatie bij de werkgever boventallig was geworden en zich in een zogenoemd ‘employability traject’ bevond.<sup>575</sup> Het hof stelde vast dat de werknemer weliswaar niet (meer) formeel vrijgesteld was van werkzaamheden, maar het hof achtte wel van belang dat zich in de betrokken periode geen concrete mogelijkheden om te werken voordeden.

Relevant in het kader van deze factor is ten slotte het arrest van het Hof Leeuwarden van 3 juli 2012.<sup>576</sup> Het hof oordeelde dat de korte periode tussen de datum waarop de werknemer ontslag op staande voet was aangezegd en de datum waarop het dienstverband (sowieso) zou eindigen, met daarbij het feit dat de werknemer reeds van zijn werkzaamheden was ontheven, zonder bijkomende feiten en omstandigheden niet maken dat de werkgever de werknemer redelijkerwijs niet op staande voet kon ontslaan.<sup>577</sup>

#### **6.3.7.17            Arbeidsovereenkomst was recent omgezet in een dienstverband voor onbepaald tijd**

Uit het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem van 19 maart 2010<sup>578</sup> blijkt dat de betrokken werknemer op staande voet was ontslagen vanwege ‘ernstige vormen van misleiding, plichtsverzuim, misbruik van positie en vertrouwen en grove nalatigheid’. De rechter kwam in deze zaak tot het oordeel dat het ontslag op staande voet niet geldig was. Hierbij woog – in het voordeel van de werknemer – mee dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd enkele maanden voor het ontslag nog was omgezet naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Daaruit blijkt dat de werkgever tevreden was over het functioneren van de werknemer, hetgeen ook volgde uit het feit dat de werkgever ter zitting had medegedeeld dat er voordien geen op- of aanmerkingen waren over het functioneren van de werknemer.<sup>579</sup>

#### **6.3.7.18            De werknemer handelde onverplicht**

In één van de onderzochte uitspraken werd van belang geacht dat de werknemer onverplicht handelde toen hij het hem verweten en aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde feit beging. Het betreft het op 28 april 2009 gewezen

---

<sup>575</sup> Net als in uitspraak 15, was ook in deze zaak ABN AMRO de werkgever.

<sup>576</sup> Uitspraak 324.

<sup>577</sup> Het hof verwees bij deze overweging naar HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190. Zie over dit arrest van de Hoge Raad ook paragraaf 6.2.1.

<sup>578</sup> Uitspraak 173.

<sup>579</sup> Dat is een invulling van het vierde gezichtspunt uit Schrijver/Van Essen, waarover paragraaf 6.3.5.

arrest van het Hof Arnhem.<sup>580</sup> De werknemer in deze zaak was op staande voet ontslagen omdat, nadat in de productie een storing was opgetreden, in strijd was gehandeld met een binnen de onderneming van de werkgever geldend protocol dat de kwaliteit van de gefabriceerde producten zoveel als mogelijk moest garanderen. Het hof overwoog dat te gelden heeft dat de werknemer handelde terwijl hij geen verantwoordelijkheid had voor de productielijn waar het alarm afging. Door wel te handelen werd de werknemer, aldus het hof, weliswaar medeverantwoordelijk voor het op de juiste wijze afhandelen van de storing (hetgeen uiteindelijk ook is gebeurd), maar deze inzet van de werknemer maakt naar het oordeel van het hof wel dat het in eerste instantie op onjuiste wijze afhandelen van de storing de werknemer minder zwaar kan worden toegerekend.

#### **6.3.7.19 Procedurele aspecten**

Volgende veel terugkerende aspecten betreffen het door de werkgever verrichte onderzoek en het horen van de werknemer. Deze procedurele aspecten<sup>581</sup> kunnen van grote invloed zijn bij de beoordeling van de vraag of de aan de werknemer verweten gedraging een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert.<sup>582</sup>

In algemene zin kan in dit verband worden opgemerkt dat de werkgever, zo volgt uit het vonnis van de Kantonrechter Nijmegen van 6 november 2008<sup>583</sup>, bij het nemen van het besluit tot het verlenen van ontslag op staande voet de normen van zorgvuldigheid en redelijkheid in acht moet nemen. Van de werkgever wordt verlangd dat hij (ook) in procedureel opzicht zorgvuldig handelt, zo volgt uit de uitspraak van de Kantonrechter Heerlen van 25 augustus 2010.<sup>584</sup> Van belang kan ook zijn of er richtlijnen bestaan voor de wijze waarop de werkgever te werk dient te gaan, zoals bijvoorbeeld in het geval dat leidde tot het vonnis van de Kantonrechter Assen van 21 december 2011.<sup>585</sup> In die zaak werd de werknemer op staande voet ontslagen vanwege het als hulpverlener aangaan van een seksuele relatie met een cliënte. De werkgever, de

---

<sup>580</sup> Uitspraak 121.

<sup>581</sup> Waarover ook Jakimowicz & Disselkoen 2007, p. 103 e.v.

<sup>582</sup> Bovendien kan de handelwijze van de werkgever in het kader van het verlenen van ontslag op staande voet tot aansprakelijkheid ex art. 7:611 BW aanleiding geven, zo leert Hof Den Haag 30 oktober 2012, JAR 2013/12. Vgl. ook Rb. Haarlem 15 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ6815, waarin de vordering van de werknemer tot schadevergoeding vanwege de ontslagreden en de wijze waarop het ontslag was verleend werd afgewezen. Zie over deze materie ook Sagel 2013, p. 424 e.v.

<sup>583</sup> Uitspraak 95.

<sup>584</sup> Uitspraak 203. Zie uitspraak 220 voor een voorbeeld van een zaak waarin de handelwijze van de werkgever niet getuigde van zorgvuldig werkgeverschap.

<sup>585</sup> Uitspraak 280.

GGZ Drenthe, kende een richtlijn voor de gang van zaken na een melding van grensoverschrijdend gedrag. Tussen partijen ontstond discussie over de vraag of de werkgever deze richtlijn wel had gevolgd. De kantonrechter oordeelde dat dat het geval was. Hij voegde daaraan toe dat ook wanneer dat niet zo was, de consequentie daarvan niet zou zijn geweest dat het ontslag op staande voet nietig was.

Hoe wordt het uitgangspunt dat de werkgever zorgvuldig te werk moet gaan in de lagere rechtspraak ingevuld? Daarbij komt in de eerste plaats belang toe aan het door de werkgever zelf of namens hem verrichte onderzoek. De Kantonrechter Heerlen ging in zijn vonnis van 7 februari 2012<sup>586</sup> op dit aspect in. Hij overwoog dat het buiten diens weten doen controleren van een werknemer door een recherchebureau alleen aanvaardbaar is wanneer sprake is van zeer bijzondere omstandigheden waarin tegen de werknemer ernstige verdenkingen zijn gerezen ter zake van ernstige overtredingen welke een onderzoek buiten de betrokkene om noodzakelijk maken. Van zulke omstandigheden was in de voorliggende zaak niet gebleken. Aldus de kantonrechter stonden de werkgever minder vergaande maatregelen ter beschikking dan het inschakelen van een recherchebureau.

Ik wijs voorts op het vonnis van de Kantonrechter Arnhem van 27 juni 2008.<sup>587</sup> In deze zaak had de werkneemster zich op het standpunt gesteld dat de wijze waarop de werkgever aan feitengaring had gedaan, in strijd was met de Wet bescherming persoonsgegevens, zodat de verkregen informatie niet tegen haar mocht worden gebruikt. De kantonrechter passeerde dit verweer, mede onder verwijzing naar het arrest van het EHRM van 12 mei 2000,<sup>588</sup> waarin werd geoordeeld dat informatie die is verkregen door handelingen die op zichzelf een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer opleveren, niet reeds op die grond als bewijsmiddel uitgesloten behoeft te worden, tenzij het recht op een eerlijk proces (vgl. art. 6 EVRM) daardoor zou worden geschonden.<sup>589</sup>

Vanzelfsprekend is ook van belang dat het door de werkgever verrichte onderzoek deugdelijk is. Immers, aan de uitkomsten van dat onderzoek worden – indien op basis daarvan tot ontslag op staande voet wordt besloten – vergaande consequenties verbonden. Een voorbeeld van een zaak waarin geen deugdelijk onderzoek was gedaan biedt het vonnis van de Kantonrechter Gorinchem van

---

<sup>586</sup> Uitspraak 290.

<sup>587</sup> Uitspraak 69.

<sup>588</sup> NJ 2002, 180.

<sup>589</sup> Zie over bewijsuitsluiting ook paragraaf 4.2.3.7.

11 september 2008.<sup>590</sup> De kantonrechter oordeelde dat het door andere medewerkers van de werkgever verrichte onderzoek de toets der kritiek niet kon doorstaan. In deze zaak werd de dringende reden dan ook niet bewezen geacht.

In het kader van het door de werkgever verrichte onderzoek kan ook belang toekomen aan het feit dat dat door de werknemer is gefrustreerd. Ik wijs in dit verband op het arrest van het Hof Amsterdam van 3 juli 2008.<sup>591</sup> Het hof overwoog dat de werkgever terecht stelde dat de weigering van de werknemer om namen te noemen niet ten nadele van de werkgever kan strekken. Indien, zo vervolgde het hof, de werknemer in een situatie waarin hij ervan wordt verdacht bedrijfscijfers te hebben gemanipuleerd, een beroep doet op verontschuldigende omstandigheden, maar weigert om de werkgever in staat te stellen dienaangaande een onderzoek in te stellen, zal dat in beginsel voor rekening van de werknemer dienen te blijven. Van belang is ook het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 16 september 2008.<sup>592</sup> Het hof volgde in deze uitspraak het oordeel van het Gerecht in Eerste Aanleg, inhoudende dat de werkgever er op grond van de weigering van de werknemer zich aan een alcoholtest te onderwerpen, van uit mocht gaan dat het vermoeden van alcoholmisbruik juist was.

Een aspect dat veel aandacht in de lagere jurisprudentie krijgt, is de vraag of en zo ja, hoe invulling is gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor.<sup>593</sup> Het is in deze zaken de werknemer die naar voren brengt dat hij niet (voldoende) in de gelegenheid is gesteld om zijn visie te geven op de hem gemaakte verwijten, alsmede dat dit gevolgen dient te hebben voor de geldigheid van het ontslag op staande voet. Dit verweer werd gehonoreerd door de Kantonrechter Haarlem, die in zijn vonnis van 4 februari 2008<sup>594</sup> overwoog dat de werkgever in strijd met het principe van hoor en wederhoor tot het ontslag op staande voet was overgegaan. Het had op de weg van de werkgever – als goed werkgever – gelegen om, alvorens deze ingrijpende maatregel toe te passen, de werknemster in de gelegenheid te stellen haar kant van het verhaal te vertellen. Het ontslag hield in deze zaak geen stand.

---

<sup>590</sup> Uitspraak 86.

<sup>591</sup> Uitspraak 71.

<sup>592</sup> Uitspraak 89.

<sup>593</sup> Zie hierover Dop & Van den Heuvel 2008, p. 112, waar is geschreven dat, hoewel het niet verplicht is de werknemer te horen, het raadzaam is dat wel te doen. Zie voorts Sagel 2013, p. 424 e.v. en Ter Huurne & Keuss 2013, p. 197 e.v.

<sup>594</sup> Uitspraak 53.



Tot eenzelfde uitspraak kwam de Kantonrechter Amsterdam. In het vonnis van 1 juli 2008<sup>595</sup> overwoog hij dat de werkgever de werknemer niet in de gelegenheid had gesteld om zijn mening te geven over het in opdracht van de werkgever opgemaakte onderzoeksrapport. Naar het oordeel van de kantonrechter was dat onzorgvuldig, aangezien de werkgever zeer vergaande consequenties aan dat rapport had verbonden.

Zeer in het oog springt het arrest van het Hof Den Haag van 31 juli 2008.<sup>596</sup> Het hof overwoog in de eerste plaats dat bij het bekend worden van feiten en/of omstandigheden die, indien juist, grond zouden kunnen opleveren voor een ontslag op staande voet, door de werkgever, indien over die feiten en/of omstandigheden geen volledige duidelijkheid bestaat, een onderzoek ingesteld dient te worden naar de juistheid daarvan, alvorens de werkgever zich bij een ontslag op staande voet op die gronden beroept.<sup>597</sup> Het goed werkgeverschap brengt dat met zich, zo voegde het hof toe. De werkgever, een hogeschool, had zelf echter geen onderzoek gedaan, maar was afgegaan op de verklaring van een leerlinge dat een docent zich schuldig had gemaakt aan seksuele intimidatie. Bovendien had de werkgever de werknemer onvoldoende in de gelegenheid gesteld om zich tegen de hem ingebrachte beschuldigingen en de daartoe aangedragen bewijzen te verweren en die beschuldigingen van de nodige kritische kanttekeningen te voorzien. Uiteindelijk kwam het hof tot het oordeel dat het ontslag op staande voet vanwege deze ‘procedurele missers’ van de werkgever geen stand kon houden.<sup>598</sup>

Vergelijkbaar met dit arrest is het vonnis van de Kantonrechter Dordrecht van 27 augustus 2008.<sup>599</sup> De kantonrechter overwoog dat onvoldoende is gebleken dat de werkneemster in de gelegenheid is gesteld om uitleg te geven over de geconstateerde verschillen tussen de opgegeven werktijden en de in- en uitschakeltijden van het alarm. Naar het (voorlopig) oordeel van de

---

<sup>595</sup> Uitspraak 70.

<sup>596</sup> Uitspraak 77.

<sup>597</sup> Zie voor zaken waarin nader onderzoek van de werkgever had mogen worden verwacht ook de uitspraken 97, 136, 186, 224 en 238.

<sup>598</sup> Zie over schending van het beginsel van hoor en wederhoor verder de uitspraken 83, 161 en 281. Zie ook uitspraak 190, waarin werd geoordeeld dat, anders dan de werkgever had betoogd, bij de werkneemster geen sprake was van onwil om te worden gehoord. Zij had immers laten weten haar standpunt schriftelijk kenbaar te zullen maken. Ik wijs voorts op uitspraak 258, waarin de werknemer zich op het standpunt had gesteld dat de werkgever hem het recht op weerwoord had ontnomen door niet te voldoen aan zijn verzoek om direct bloed bij hem af te nemen, om het precieze bloedalcoholgehalte te meten.

<sup>599</sup> Uitspraak 84.

kantonrechter zal het ontslag op staande voet reeds stranden vanwege de schending van het beginsel van hoor en wederhoor.<sup>600</sup>

In de procedure die resulteerde in het arrest van het Hof Den Haag van 29 november 2011,<sup>601</sup> had de werknemer een beroep gedaan op voornoemd arrest van datzelfde hof van 31 juli 2008, echter zonder succes. Het hof oordeelde dat in het eerdere arrest tot uitgangspunt was genomen dat zonder het toepassen van wederhoor geen ontslag op staande voet kan plaatsvinden. Enkele jaren later overwoog het hof dat dit uitgangspunt geen steun vindt in het recht, met name niet in de artt. 7:677 en 7:678 BW. Ook het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW brengt, aldus het hof, niet in alle gevallen op straffe van nietigheid een zodanige hoorplicht met zich mee.<sup>602</sup>

In de lagere rechtspraak is dus ook een andere stroom zichtbaar. Hiertoe behoort ook het arrest van het Hof Leeuwarden van 22 december 2009,<sup>603</sup> waarin het hof overwoog dat aan het ontslag op staande voet niet afdoet dat de werknemer niet is gehoord voordat het ontslag werd verleend. Aldus het hof is het wel wenselijk dat dit gebeurt, maar het nalaten daarvan maakt het ontslag op staande voet niet reeds om die reden ongeldig. Ik wijs in dit kader ook op het arrest van het Hof Den Haag van 6 april 2010,<sup>604</sup> waarin werd geoordeeld dat het van tevoren horen van de werknemer geen geldigheidsvereiste is.<sup>605</sup> Het hof overwoog voorts dat er geen reden is om aan te nemen dat er bij het van tevoren horen van de werknemer andere omstandigheden naar voren zouden zijn gebracht dan hij in deze procedure had gedaan.<sup>606</sup>

Een ander aspect dat van belang is, is dat de werknemer – indien hij wordt gehoord – ook daadwerkelijk in de gelegenheid wordt gesteld zich deugdelijk te kunnen verweren. Daarvan was geen sprake in een zaak die ter beslissing aan de Kantonrechter Heerlen werd voorgelegd. In zijn vonnis van

---

<sup>600</sup> Zie ook uitspraak 154, waarin werd geoordeeld dat het ontslag op staande voet ook geen stand kan houden omdat de werknemer niet de gelegenheid van een weerwoord is geboden. Sterker, het rapport waarop de werkgever het ontslag baseerde was niet meegezonden met de ontslagbrief.

<sup>601</sup> Uitspraak 278.

<sup>602</sup> Zie in dezelfde zin uitspraak 324.

<sup>603</sup> Uitspraak 155.

<sup>604</sup> Uitspraak 177.

<sup>605</sup> Het hof voegde wel toe dat het niet vooraf horen van de werknemer tot het oordeel kan leiden dat naderhand naar voren gebrachte omstandigheden ertoe leiden dat er geen dringende reden aanwezig is, welk risico dan voor rekening van de werkgever blijft. Zo kan bijvoorbeeld later blijken dat er een deugdelijke rechtvaardiging voor het handelen van de werknemer bestond.

<sup>606</sup> Zie voor vergelijkbare rechtspraak de uitspraken 271 en 304.

7 februari 2012<sup>607</sup> overwoog hij dat de werkgever de werknemer naar aanleiding van de bevindingen van het recherchebureau weliswaar heeft gehoord, maar de werknemer is voorafgaand niet op de hoogte gesteld van de inhoud van het gesprek, zodat hij zich daarop ook niet heeft kunnen voorbereiden.

Interessant in het kader van het horen van de werknemer is nog het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 24 juni 2009.<sup>608</sup> Ook in die zaak had de werknemer het verweer gevoerd dat het ontslag op staande voet in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor was gegeven. Dit verweer werd door de kantonrechter niet gevolgd. De werkgever had de werknemer namelijk in de gelegenheid gesteld om in het bijzijn van zijn advocaat een verklaring af te leggen tegenover de door de werkgever ingeschakelde onderzoekers. De werknemer heeft niet willen verschijnen omdat zijn advocaat verhinderd was. De kantonrechter overwoog te dien aanzien dat dat een omstandigheid is die in de risicosfeer van de werknemer ligt, zodat de werkgever ook niet met het door de werknemer verzochte uitstel behoefde in te stemmen. De kantonrechter vervolgde dat juist bij een ontslag op staande voet met voortvarendheid dient te worden gehandeld en dat de afweging van de werkgever om zijn beslissing vervolgens te baseren op de wel bekende gegevens verdedigbaar was, zeker in het licht dat een ontslag op staande voet een eenzijdige rechtshandeling is.

#### **6.3.7.20      Rechtvaardigingsgronden**

Uit de bestudeerde rechtspraak blijkt dat door werknemers tal van ‘rechtvaardigingsgronden’ worden aangevoerd om te betogen dat de hen verweten gedraging(en) geen ontslag op staande voet rechtvaardigt. Deze verweren hebben een wisselend resultaat.

Het vonnis van de Kantonrechter Emmen van 10 november 2010<sup>609</sup> biedt een voorbeeld waarin het beroep op de door de werknemer aangedragen rechtvaardiging hem niet kon baten. De werknemer, die een doos boodschappen had meegenomen zonder te betalen, deed een beroep op vergeetachtigheid. Dat verweer werd door de kantonrechter gepasseerd, in welk kader werd overwogen dat de naleving van de bedrijfsinstructie zo zeer van belang moet worden geacht dat een beroep op vergeetachtigheid op zichzelf niet aan de geldigheid van het ontslag op staande voet kan afdoen. Als dat wel zo zou zijn, dan zou, aldus de kantonrechter, iedereen zich immers met een beroep op vergeetachtigheid als excuus goederen van de werkgever kunnen toe-eigenen.

---

<sup>607</sup> Uitspraak 290.

<sup>608</sup> Uitspraak 129.

<sup>609</sup> Uitspraak 214.

Een gegrond beroep op een rechtvaardigingsgrond kan worden afgeleid uit het arrest van het Hof Amsterdam van 3 juli 2008.<sup>610</sup> De werknemer in deze zaak was op staande voet ontslagen vanwege het manipuleren van bedrijfscijfers. Het hof overwoog daarover dat het handelen van de werknemer naïef was, maar niet van een zodanige ernst dat een ontslag op staande voet gerechtvaardigd was. Bij dit oordeel betrok het hof dat er van hogerhand druk op de werknemer werd uitgeoefend om in strijd met de werkelijkheid zo gunstig mogelijke cijfers te produceren.

Succes had ook een verloskundige die, nadat haar ter ore was gekomen dat een kindje dat zij kort daarvoor nog op controle had gehad levenloos was geboren, veranderingen in het medisch dossier had aangebracht teneinde eigen tekortschieten te verdoezelen. In zijn vonnis van 23 november 2009<sup>611</sup> oordeelde de Kantonrechter Middelburg dat de verloskundige in paniek had gehandeld. Daarmee wordt haar misstap, aldus de kantonrechter, niet goed gepraat, maar levert dit, mede gelet op haar paniecreactie, geen dringende reden voor ontslag op.

In diverse zaken is handelen of nalaten van de werkgever als rechtvaardigingsgrond aangevoerd. Dat was onder meer het geval in de zaak die leidde tot het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 6 maart 2009.<sup>612</sup> In deze kwestie was de werknemer op staande voet ontslagen omdat hij stroom van de werkgever, het Gemeenschappelijk Elektriciteitsbedrijf Bovenwindse Eilanden NV, had afgetapt. De daarvoor aangedragen rechtvaardiging, dat de werkgever de aanvraag van de werknemer voor het plaatsen van een elektriciteitsmeter zo traag afhandelde, vond geen genade bij het hof.

In het arrest van het Hof Leeuwarden van 22 juni 2010<sup>613</sup> is overwogen dat, wat er ook zij van door de voormalig eigenaar en directeur in het leven geroepen onduidelijkheid over de positie van de werknemer, dat geen vrijbrief is voor het onder werktijd buiten de werkgever om geld verdienen aan het herstel van auto's in de werkplaats van de werkgever. Ook in de zaak die leidde tot het vonnis van de Kantonrechter Sittard-Geleen van 7 juli 2010<sup>614</sup> had de werknemer gesteld dat het hem verweten gedrag – het opzetten van een concurrerende onderneming – is voortgekomen uit de wijze waarop de

---

<sup>610</sup> Uitspraak 71.

<sup>611</sup> Uitspraak 149.

<sup>612</sup> Uitspraak 108.

<sup>613</sup> Uitspraak 189.

<sup>614</sup> Uitspraak 193.

werkgever zich jegens hem had opgesteld. De kantonrechter oordeelde echter dat sprake was van een dringende reden. In gelijke zin oordeelde het Hof Arnhem in zijn arrest van 26 juni 2011.<sup>615</sup> Het hof overwoog dat een hoog oplopend geschil van inzicht, zelfs indien de werknemer ten minste gedeeltelijk het gelijk aan zijn zijde heeft, nog geen vrijbrief is tot het doen van beledigende en bedreigende uitlatingen aan het adres van de directeur van de werkgever.

Ook voor de werknemer die zich schuldig had gemaakt aan onjuist declaratiegedrag liep het niet best af. Het Arnhemse Hof overwoog in het arrest van 20 maart 2012,<sup>616</sup> dat het geen rechtvaardiging ziet in het gegeven dat de werknemer wel telefoonkosten heeft gemaakt en langer op zijn salaris heeft moeten wachten dan behoort. Bovendien kan het ondanks waarschuwing niet houden aan een essentieel veiligheidsvoorschrift niet worden gerechtvaardigd door te wijzen op tekortkomingen van de werkgever, zo volgt uit het vonnis van de Kantonrechter Heerenveen van 25 april 2012.<sup>617</sup>

Ik wijs ook op de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem van 16 juli 2012.<sup>618</sup> In dit vonnis werd geoordeeld dat het feit dat de leidinggevende afwist van de privébestellingen van de werknemer en het 'wegschrijven' van de kosten daarvan, niet afdoet aan het dringende karakter van de aan de werknemer verweten gedraging. Van de werknemer mocht, aldus de Voorzieningenrechter, worden verwacht dat hij niet aldus zou handelen, ook niet indien zijn leidinggevende daarmee instemt, althans daar weet van heeft.

Uit het vonnis van de Kantonrechter Enschede van 12 mei 2011<sup>619</sup> kan worden afgeleid dat, wanneer de werknemer een beroep doet op een bepaalde rechtvaardigingsgrond, het op zijn weg ligt daaraan handen en voeten te geven. De werknemer wil, zo overwoog de kantonrechter in deze zaak, doen geloven dat de allochtone werknemer bij de werkgever dagelijks stelselmatig wordt gediscrimineerd, hetgeen zich uit in pesterijen en vernederingen. Op geen enkele wijze heeft de werknemer ook maar het begin van bewijs van deze stelling geleverd. Indien het daadwerkelijk zo is zoals de werknemer heeft gesteld, had het op zijn weg gelegen verklaringen van (allochtone) collega's in het geding te brengen. Dat was echter niet gebeurd. De kantonrechter oordeelde dan ook dat de 'druppeltheorie' zoals de werknemer voorstaat, niet opgaat en dat het voorval dat tot het ontslag op staande voet heeft geleid, als een op zichzelf staande

---

<sup>615</sup> Uitspraak 259.

<sup>616</sup> Uitspraak 301.

<sup>617</sup> Uitspraak 309.

<sup>618</sup> Uitspraak 329.

<sup>619</sup> Uitspraak 250.

gebeurtenis moet worden beoordeeld en niet als een onderdeel van jarenlange stelselmatige vernedering en pesterijen van de allochtone werknemer.

#### **6.3.7.21 ‘Vrijwillige terugtred’**

Onder vrijwillige terugtred wordt (in het strafrecht) verstaan dat geen sprake is van een strafrechtelijk verwijtbare voorbereiding of poging indien het misdrijf niet wordt voltooid door vanuit de dader zelf komende omstandigheden.<sup>620</sup> In het strafrecht heeft in een dergelijk geval te gelden dat de dader niet strafbaar is. Dat bij de werknemer sprake is van vrijwillige terugtred kan van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of al dan niet sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Ik wijs in dit verband allereerst op het arrest van het Hof Den Haag van 17 augustus 2007.<sup>621</sup> Het hof oordeelde in deze zaak dat sprake was van het voor verduistering (van rembours gelden) vereiste opzet. Dat de werkgever de bij de afdracht van rembours gelden door de werknemer gepleegde verduistering nog niet had geconstateerd toen de werknemer opening van zaken gaf en dat de werknemer later € 1.801,72 heeft terugbetaald, doet daaraan naar het oordeel van het hof niet af.

In het arrest van het Hof Den Haag van 21 maart 2008<sup>622</sup> speelde iets vergelijkbaars, zij het dat in die procedure de werknemer wel aan het langste eind trok. Het hof overwoog namelijk dat uit niets was gebleken dat de werknemer de werkgever heeft willen benadelen door het verduisteren van een koelkastje, te minder, zo voegde het hof toe, nu de werknemer geheel eigener beweging heeft gemeld dat het bewuste koelkastje nog bij hem thuis stond. Een geval van vrijwillige terugtred was ook aan de orde in de zaak die aanleiding gaf tot het vonnis van de Kantonrechter Nijmegen van 6 november 2008.<sup>623</sup> De kantonrechter, die tot het oordeel kwam dat geen sprake was van een dringende reden, overwoog in die uitspraak dat het wegnemen van een bedrag uit de kas door de werkneemster niet lichtvaardig moet worden opgenomen, maar dat de werkneemster onweersproken heeft gesteld dat zij de volgende dag voor aanvang van haar dienst geld van haar bankrekening heeft opgenomen om het kastekort aan te zuiveren. Ook in deze zaak woog de vrijwillige terugtred mee in het voordeel van de werknemer.

---

<sup>620</sup> Zie art. 46b Sr. De wroeging moet dus wel uit de dader zelf komen. Vgl. Mevis 2013, p. 868.

<sup>621</sup> Uitspraak 33.

<sup>622</sup> Uitspraak 57.

<sup>623</sup> Uitspraak 95.

Daarvan was ook sprake in een recentere uitspraak, te weten het vonnis van de Kantonrechter Enschede van 13 maart 2012.<sup>624</sup> In deze zaak had de werknemer namelijk zelf melding gemaakt van het feit dat hij een gedeelte van de door hem te bezorgen post pas een dag later heeft besteld. Mede gelet op deze omstandigheid oordeelde de kantonrechter dat het ontslag op staande voet een te zware sanctie was.

In het kader van de ‘vrijwillige terugtred’ wijs ik ten slotte op de uitspraak van de Kantonrechter Venlo, gewezen op 5 augustus 2010.<sup>625</sup> In deze zaak speelde dat een aanvraag voor verlof van de werknemer niet was gehonoreerd. De werkgever heeft in deze procedure gesteld dat het duidelijk was dat de werknemer onverkort aan zijn vakantieplannen vanaf 3 mei 2010 zou vasthouden. Om die reden werd de werknemer reeds op 29 april 2010 ontslagen, derhalve op een moment waarop de dringende reden zich nog niet had voorgedaan. Het ontslag op staande voet was naar het oordeel van de kantonrechter dan ook prematuur. Daarvoor was redengevend dat de werkgever rekening had moeten houden met de niet te verwaarlozen kans dat de werknemer alsnog gedurende de tussenliggende periode van 29 april tot 3 mei 2010 tot inkeer zou komen en van zijn eerdere voornemen om zonder toestemming op vakantie te gaan had afgezien. De werkgever had dan ook de datum van 3 mei 2010 moeten afwachten alvorens de werknemer op staande voet te ontslaan. Uit deze zaak volgt dat de werknemer onder omstandigheden wel de gelegenheid moet worden geboden tot inkeer te komen. Dat is zeker het geval in zaken waarin een dringende reden dreigt, maar deze nog niet daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

#### **6.3.7.22 ‘Mislukte poging’**

In een tweetal uitspraken van de Kantonrechter Maastricht van 7 juli 2010<sup>626</sup> is een vergelijkbaar feitencomplex aan de orde. In beide zaken waren de werknemers – door dezelfde werkgever – op staande voet ontslagen, omdat zij doende waren met het opzetten van een concurrerende onderneming. Naar het oordeel van de kantonrechter was in beide zaken sprake van een dringende reden die het ontslag kon dragen. Dat de plannen in een vroeg stadium waren blijven steken en niet hebben geresulteerd in daadwerkelijke concurrentie leidde niet tot een ander oordeel, aangezien dit niet het gevolg was van een zelfstandig stoppen

---

<sup>624</sup> Uitspraak 297.

<sup>625</sup> Uitspraak 199.

<sup>626</sup> Uitspraken 192 en 193.

door de betrokken werknemers, maar was gelegen in stappen die door de werkgever waren genomen, waaronder het ontslag op staande voet.

De werknemers waren er dus niet in geslaagd om daadwerkelijk een concurrerend bedrijf op te zetten. Hun poging daartoe was, voornamelijk door optreden van de werkgever, mislukt. Net als in de strafrecht, gold ook hier voor de werknemers dat zij op deze ‘mislukte poging’ werden afgerekend.<sup>627</sup>

#### **6.3.7.23 (Geen) strafrechtelijke vervolging/veroordeling**

Voor het antwoord op de vraag of een bepaalde gedraging van de werknemer een ontslag op staande voet rechtvaardigt, kan tevens van belang zijn of sprake is van een strafbaar feit, waarvoor de werknemer is vervolgd of wellicht zelfs is veroordeeld, al dan niet onherroepelijk.<sup>628</sup>

In het kader van dit gezichtspunt wijs ik allereerst op het vonnis van de Kantonrechter Winschoten van 11 oktober 2010.<sup>629</sup> In deze zaak had de werkgever de werknemer op staande voet ontslagen wegens diefstal van een aan de werkgever toebehorende vlaggenmast. De kantonrechter oordeelde dat geen sprake was van diefstal, maar eerder van een ludieke actie van de werknemer. De kantonrechter achtte daarbij ook van belang dat gesteld noch gebleken was dat de werkgever aangifte had gedaan van een strafbaar feit.

In de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Arnhem van 18 december 2007<sup>630</sup> was wel sprake van aangifte door de werkgever. Het onderzoek dat volgde resulteerde in een zogenoemde ‘kennisgeving niet verdere vervolging’. De kantonrechter oordeelde desondanks dat de werkgever was geslaagd in het bewijs dat de werknemer zich schuldig had gemaakt aan verduistering. De kantonrechter overwoog dat het feit dat de werknemer niet strafrechtelijk is vervolgd voor verduistering niet tot een ander oordeel leidt, aangezien volgens voornoemde kennisgeving voor de niet verdere vervolging redengevend was dat de werknemer reeds genoeg was gestraft. Uit de kennisgeving bleek niet, zo voegde de kantonrechter toe, dat er een gebrek aan bewijs was.

Ook in het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 19 juli 2010 werd, los van de vraag of

---

<sup>627</sup> Zie art. 45 Sr, waarin is bepaald dat een poging tot een misdrijf strafbaar is. Er moet wel al sprake zijn van een uitvoeringshandeling. De Hullu 2009, p. 379. Uitsluitend het voornemen om een misdrijf te (gaan) plegen, is dus niet voldoende. Zie Van Bemmelen & Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 196.

<sup>628</sup> Zie over de strafrechtelijke vervolging en ontslagrecht ook Loonstra 2003 en Loonstra, Koevoets & Zondag 2008, p. 264 e.v.

<sup>629</sup> Uitspraak 209.

<sup>630</sup> Uitspraak 47.



sprake was van een strafrechtelijke veroordeling, een dringende reden voor ontslag op staande voet aangenomen. Deze – ook eerder besproken – zaak ging om de werknemer van een dierentuin die wegens het smokkelen van vogels was ontslagen. Het hof oordeelde dat de handelwijze van de werknemer voldoende is om aan te nemen dat hij de werkgever een dringende reden voor ontslag op staande voet heeft gegeven. Het hof voegde daaraan toe dat dat ook geldt indien de werknemer niet strafrechtelijk zou worden veroordeeld voor het smokkelen van beschermde inheemse vogelsoorten. Voor een vergelijkbaar oordeel wijs ik op de beschikking van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, gewezen op 24 juni 2011.<sup>631</sup> De betrokken werknemer was op staande voet ontslagen wegens het vervreemden van aan de werkgever toebehorende autobenodigdheden. Het hof concludeerde dat het ontslag rechtsgeldig was. Het voegde daaraan toe dat aan zijn overtuiging niet afdoet dat de rechter-commissaris de invrijheidstelling van de werknemer had gelast en dat er kennelijk geen aanstalten werd gemaakt tot strafvervolgning.

Uit het vonnis van de Kantonrechter Groningen van 6 juli 2010<sup>632</sup> blijkt dat de werknemer zich wél voor de strafrechter moest verantwoorden, en wel voor het bezit van kinderporno. De werknemer was daarvoor door de Rechtbank Groningen veroordeeld tot een werkstraf van 180 uur en vier maanden voorwaardelijke gevangenisstraf. De kantonrechter overwoog in de ontslagzaak dat hetgeen door de rechtbank (in de strafzaak) bewezen is verklaard voldoende gronden voor een ontslag op staande voet rechtvaardigt. Daaraan deed, zo vervolgde de kantonrechter, niet af dat het strafvonnis nog niet onherroepelijk was.

Ten slotte is van belang dat het feit dat de werknemer in de strafrechtelijke procedure is vrijgesproken, niet betekent dat de gedraging, waarvoor de vervolging was ingesteld, geen dringende reden kan opleveren. Ik verwijs hiervoor naar het arrest van het Hof Den Bosch van 23 juni 2009.<sup>633</sup> De werknemer in deze zaak was op staande voet ontslagen omdat hij meer tankte dan mogelijk zou zijn volgens de gereden kilometers. Het hof nam een dringende reden aan. Anders dan de werknemer had betoogd, deed zijn vrijspraak van verdenking van overtreding van art. 310, 311 en 416 Sr<sup>634</sup> hieraan niet af. Het hof motiveerde dit met de overweging dat er in een strafproces,

---

<sup>631</sup> Uitspraak 256.

<sup>632</sup> Uitspraak 191.

<sup>633</sup> Uitspraak 128.

<sup>634</sup> De artt. 310 en 311 Sr stellen diefstal (onder verzwarende omstandigheden) strafbaar. Art. 416 Sr gaat over heling.

mede in verband met de rol die de tenlastelegging daarin speelt, andere eisen worden gesteld aan het leveren van bewijs dan in een civiele procedure. In dezelfde lijn ligt het arrest van het Hof Den Haag van 7 december 2010.<sup>635</sup> Het hof oordeelde dat de werkgever had bewezen dat de werknemer zich schuldig had gemaakt aan verduistering van € 85,50 en € 23,19. Het hof overwoog dat aan deze bewezenverklaring niet afdoet dat de werknemer in de strafzaak, na in eerste aanleg te zijn veroordeeld, in hoger beroep is vrijgesproken van verduistering. Vrijspraak is, zo voegde het hof toe, immers geen bewijs van onschuld.<sup>636</sup>

#### **6.3.7.24 Gevaar voor recidive**

Met het vonnis van de Kantonrechter Roermond van 20 mei 2009<sup>637</sup> blijven we in ‘strafrechtelijke sferen’. Hierin speelde het begrip recidive namelijk een rol. In deze zaak had de werknemer, een hypotheekspecialist, de geldende gedragslijn ‘eigen bankzaken’ geschonden, waarna hij door de werkgever op staande voet was ontslagen. Bij de beoordeling van de vraag of er al dan niet sprake was van een dringende reden betrof de kantonrechter de stelling van de werknemer dat hem een tweede kans moest worden geboden, omdat de werknemer ten tijde van de procedure een andere functie bekleedde waarbij geen gevaar voor recidive zou bestaan. Dit argument kon de kantonrechter echter niet overtuigen. De rechter oordeelde dat de schending van de interne gedragsvoorschriften dusdanig zwaarwegend was dat van de bank niet kon worden verwacht dat de werknemer een tweede kans werd geboden, ook niet nu er geen gevaar meer was voor herhaling.

---

<sup>635</sup> Uitspraak 217.

<sup>636</sup> Anders dan aan een veroordeling, komt aan een vrijspraak in civilibus geen dwingende (maar vrije bewijskracht) toe. Cabboort & Quist 2008, p. 339. Zie ook Wieten 2012, p. 54, alsmede Asser Procesrecht/Asser 3 2013, nr. 260. Ik wijs voorts op HR 3 december 2004, NJ 2005, 160. Zie voor een recent voorbeeld uit de lagere rechtspraak Hof Den Bosch 5 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ3550, hetgeen een huurzaak betreft. Het hof overwoog dat een vrijspraak in de strafzaak geen bewijs van onschuld vormt. Dit betekent slechts dat de (politie)rechter de feiten – zoals destijds specifiek ten laste gelegd – niet voldoende vond vaststaan om tot een strafrechtelijke veroordeling te komen. De vrijspraak bindt de civiele rechter dan ook niet. Hij zal zelf dienen te onderzoeken of een beweerd stelling bewezen kan worden geacht. Zie hierover ook de noot van Houweling onder uitspraak 90. Houweling schreef dat wat strafrechtelijk niet bewezen wordt geacht, in een civiele procedure wel aannemelijk kan worden gemaakt. Daar zal de civiele rechter, aldus de annotator, echter niet snel aan willen.

<sup>637</sup> Uitspraak 123.

#### **6.3.7.25 De werknemer wilde aanvankelijk de goede gedragslijn volgen**

Het argument van de werknemster, dat zij aanvankelijk wel de goede gedragslijn wilde volgen, kon evenmin op genade van de rechter rekenen. In de procedure voor de Kantonrechter Eindhoven, welke eindigde met het vonnis van 17 juli 2009,<sup>638</sup> was het ontslag op staande voet aan de orde van een werknemster die aan een klant toebehorende, maar achtergelaten, spullen mee naar huis had genomen. In de uitspraak komt naar voren dat de eerste ingeving van de werknemster was om de politie te bellen. Dat heeft zij echter niet gedaan. De kantonrechter oordeelde dat de werknemster zich onbetrouwbaar en ontoelaatbaar had gedragen. Er was aldus de kantonrechter sprake van een dringende reden. Dat de werknemster aanvankelijk (wel) de juiste gedragslijn had willen volgen, kon daar niet aan af doen.

#### **6.3.7.26 De werknemer had geen kwade bedoelingen**

Het feit dat de werknemer met zijn gedraging die tot het ontslag op staande voet heeft geleid geen kwade bedoeling had, kan eveneens meewegen bij de beoordeling van de vraag of dat ontslag stand kan houden. Dit aspect ligt dicht tegen het eerste gezichtspunt uit het arrest Schrijver/Van Essen (de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt) aan. Toch kunnen beide factoren los van elkaar worden beschouwd, aangezien het bij de beoordeling van de aard en ernst niet per se hoeft te gaan om de vraag wat de werknemer met zijn gedraging heeft beoogd. De bedoeling van de werknemer kan dus als zelfstandig (overig) gezichtspunt worden aangemerkt.

In het arrest van 12 juli 2007<sup>639</sup> oordeelde het Hof Amsterdam dat ervan moet worden uitgegaan dat de werknemer met het intern rondsturen van een presentatie aan collega's geen kwade bedoelingen had, aangezien hij het desbetreffende bericht ook aan zijn leidinggevende had toegezonden. Dat de werknemer geen kwade bedoelingen had, was ook het uitgangspunt in het vonnis van de Kantonrechter Winschoten van 11 oktober 2010.<sup>640</sup> De kantonrechter overwoog dat voldoende aannemelijk was geworden dat de werknemer, met het weghalen van een vlaggenmast van de werkgever, een ludieke actie voor ogen stond.

Van belang is ook het arrest van het Hof Den Bosch van 31 januari 2012.<sup>641</sup> In deze zaak was een werknemster, filiaalleider bij Aldi, op staande

---

<sup>638</sup> Uitspraak 130.

<sup>639</sup> Uitspraak 26.

<sup>640</sup> Uitspraak 209.

<sup>641</sup> Uitspraak 287.

voet ontslagen omdat zij slippers had meegenomen, zonder deze op de voor personeelsaankopen te volgen weg af te rekenen. Het hof achtte relevant dat zij haar collega's, ook al waren dat ondergeschikten, hiervan op de hoogte had gebracht. Er waren volgens het hof geen aanwijzingen voor samenspanning tussen de collega's. De werknemster had naar het oordeel van het hof wel uiterst onhandig gehandeld, maar van een dringende reden was geen sprake. Een vergelijkbare overweging treffen we aan in het vonnis van de Kantonrechter Utrecht van 10 mei 2012.<sup>642</sup> Hierin werd overwogen dat, doordat de werknemer de bakken, alvorens die in zijn auto te plaatsen, op een voor de werkgever zichtbare plaats had gezet, onvoldoende aannemelijk was dat de werknemer, toen hij de bakken in zijn auto zette, de bedoeling had die voor zichzelf te behouden.

#### **6.3.7.27            Gevolgen**

De gevolgen van het handelen van de werknemer kunnen eveneens een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan de gevolgen voor de werkgever. Van belang kan namelijk zijn of de werknemer de werkgever schade heeft berokkend met de gedraging die tot het ontslag op staande voet heeft geleid.

In een elftal zaken waarin werd vastgesteld dat de werkgever – in financiële zin of anderszins – geen schade had opgelopen, werd geen dringende reden aangenomen.<sup>643</sup> Het Hof Arnhem achtte deze factor overigens essentieel voor de beoordeling. Het hof overwoog in zijn arrest van 27 maart 2012<sup>644</sup> namelijk dat zonder vaststelling dat de werkgever in ernstige mate is benadeeld, de onjuiste urenregistratie door de werknemer, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, onvoldoende zwaarwegend is om een dringende reden voor ontslag op staande voet op te leveren.

Dat geen schade aan de werkgever is berokkend, is overigens geen garantie dat geen dringende reden wordt aangenomen, zo kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit het arrest van het Hof Leeuwarden van 5 augustus 2008,<sup>645</sup> waarin werd overwogen dat aan de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande

---

<sup>642</sup> Uitspraak 311.

<sup>643</sup> Zie daarvoor de uitspraken 25, 26, 106, 147, 175, 229, 244, 247, 284 en 297.

<sup>644</sup> Uitspraak 304.

<sup>645</sup> Uitspraak 78.

voet, anders dan de werknemer had betoogd, niet afdoet dat de werkgever geen of weinig schade heeft geleden.<sup>646</sup>

Indien de werknemer met de door hem verweten gedraging wel schade aan de werkgever heeft toegebracht, kan dat een relevante factor zijn (mede) op basis waarvan tot een dringende reden voor ontslag op staande voet kan worden geconcludeerd,<sup>647</sup> waarbij het niet uitsluitend om schade in financieel opzicht hoeft te gaan. Ook kan bijvoorbeeld sprake zijn van reputatieschade, zoals in het geval waarin in het nieuws kwam dat een hooggeplaatste werknemer een diploma had ‘gekocht’.<sup>648</sup> Van imagoschade was ook sprake in de zaak waarin een medewerker van een dierentuin zich schuldig had gemaakt aan dieren-smokkel, waaraan in de media aandacht werd besteed.<sup>649</sup> Uit diverse uitspraken kan worden afgeleid dat het op de weg van de werkgever ligt om aannemelijk te maken dat hij door de handelwijze van de werknemer schade heeft geleden.<sup>650</sup>

Voor wat betreft door de werkgever geleden schade kan voorts de omvang daarvan van belang zijn. Zo kan het feit dat de schade zeer beperkt is een rol spelen bij het oordeel dat geen sprake is van een dringende reden.<sup>651</sup> Dat was aan de orde in het vonnis van de Kantonrechter Heerenveen van 20 januari 2010.<sup>652</sup> In deze zaak was een werkneemster van McDonald’s op staande voet ontslagen omdat zij een plakje kaas aan een collega had weggegeven. Hoewel de waarde naar het oordeel van de kantonrechter niet doorslaggevend is, dient wel te worden meegewogen dat het hier slechts gaat om een plakje kaas, waardoor, zo voegde hij nog toe, sprake is van een geringe stijging van de verkoopwaarde van de hamburger.<sup>653</sup>

De Kantonrechter Heerenveen overwoog, zo is in de vorige alinea vermeld, dat de waarde van hetgeen is gestolen of verduisterd, of meer

<sup>646</sup> Voor andere zaken waarin ondanks het feit dat geen schade was toegebracht toch een dringende reden werd aangenomen, wijs ik op de uitspraken 16, 123, 159 en 187.

<sup>647</sup> Zie onder andere de uitspraken 49, 329 en 330.

<sup>648</sup> Vgl. uitspraak 96.

<sup>649</sup> Uitspraak 195.

<sup>650</sup> Ik wijs in dit verband op de uitspraken 49, 247 en 297.

<sup>651</sup> In het kader van diefstal en verduistering heeft Meijerink in zijn annotatie onder uitspraak 325 naar voren gebracht dat de waarde van het goed een rol van betekenis kan spelen, waarbij de gedachte lijkt te zijn dat hoe hoger de waarde, des te eerder zich een dringende reden voordoet.

<sup>652</sup> Uitspraak 161.

<sup>653</sup> Voor andere zaken waarin sprake was van een geringe schade en waarin geen dringende reden werd aangenomen, wijs ik op de uitspraken 132, 264, 276, 294 en 325. Minder expliciet is uitspraak 50.

algemeen: de omvang van de schade van de werkgever, niet van doorslaggevende betekenis is bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Dat betekent dat het ook zeer goed mogelijk is dat ondanks een (zeer) geringe schade, toch een dringende reden wordt aangenomen. De lagere rechtspraak laat dat ook zien. Zo overwoog bijvoorbeeld de Kantonrechter Haarlem bij vonnis van 2 december 2010,<sup>654</sup> dat de geringe omvang van de door de werknemer toegeëigende goederen, niet maakt dat geen sprake is van een dringende reden.<sup>655</sup>

Naast de gevolgen voor de werkgever, kunnen ook de gevolgen die de verweten gedraging voor de werknemer zelf teweeg heeft gebracht een rol van betekenis spelen. Zo kan van belang zijn of de werknemer (financieel) voordeel van zijn handelwijze heeft gehad. In de zaak die leidde tot het vonnis van de Kantonrechter Gorinchem van 14 juli 2008<sup>656</sup> was dat niet het geval. Dat de werknemer zelf geen financieel voordeel had genoten, heeft mede geleid tot het oordeel dat geen sprake was van een dringende reden.<sup>657</sup>

Dat de werknemer niet bevoordeeld is door zijn handelwijze doet overigens niet in alle gevallen af aan het oordeel dat het verleende ontslag op staande voet gerechtvaardigd is, zo volgt onder andere uit het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 21 januari 2010.<sup>658</sup> In dezelfde lijn ligt de uitspraak van het Hof Leeuwarden, dat in zijn arrest van 22 juni 2010<sup>659</sup> overwoog dat het ontbreken van eigen gewin van de werknemer niet afdoet aan het feit dat de werknemer het vertrouwen van de werkgever zodanig ernstig heeft beschaamd, dat een ontslag op staande voet gerechtvaardigd is.<sup>660</sup>

Niet alleen aan de gevolgen voor de werkgever en de werknemer kan belang toekomen, ook de mogelijke gevolgen voor derden kunnen een rol spelen, zo

---

<sup>654</sup> Uitspraak 215.

<sup>655</sup> Zie voor andere voorbeelden de uitspraken 108, 138, 164, 196 en 203. Ontslag op staande voet kan ook volgen indien de juiste omvang van de vervreemdingen niet vaststaat, zo volgt uit uitspraak 256.

<sup>656</sup> Uitspraak 73.

<sup>657</sup> Zie ook de uitspraken 132 en 276, waarin werd geoordeeld dat de werknemer zichzelf niet heeft willen bevoordelen, althans dat dat niet was komen vast te staan. Vgl. voorts uitspraak 255, waarin werd overwogen dat niet is gebleken van een onderliggend belang van de werknemer bij het onjuist registreren van gegevens, zoals bijvoorbeeld een daaraan gerelateerde bonus.

<sup>658</sup> Uitspraak 162.

<sup>659</sup> Uitspraak 187.

<sup>660</sup> Vgl. ook uitspraak 230.

blijkt uit enkele uitspraken. Het Hof Leeuwarden overwoog in het arrest van 10 april 2011,<sup>661</sup> dat ongewenste intimiteiten op de werkvloer ertoe kunnen leiden dat de ‘ongewilde ontvanger’ daarvan zich onvrij of zelfs onveilig gaat voelen. Ik noem verder het vonnis van de Kantonrechter Zwolle van 26 april 2011.<sup>662</sup> In deze uitspraak werd van belang geacht dat de toekomstige werkgever heeft kunnen profiteren van door de werknemer vergaarde en doorgespeelde informatie over een bepaald procedé. Het verleende ontslag op staande voet hield in deze zaak stand.

#### **6.3.7.28 Overig**

Ten slotte noem ik nog een drietal aspecten die in de bestudeerde rechtspraak slechts één keer aan de orde zijn geweest en die moeilijk bij één van de hierboven genoemde categorieën kunnen worden ondergebracht.

Dat is de overweging van het Hof Arnhem in het arrest van 21 april 2009,<sup>663</sup> dat de omstandigheid dat de werknemer niet in staat was om afspraken met zijn directeur na te komen in verband met beperkingen van zijn rijbewijs, voor rekening van de werknemer dient te komen, te meer nu de werknemer had nagelaten de werkgever tijdig op de hoogte te stellen van de problemen omtrent (de geldigheid van) zijn rijbewijs.

In het vonnis van de Kantonrechter Arnhem van 16 augustus 2011<sup>664</sup> werd gewicht toegekend aan het feit dat de werkgever de werknemer, die wegens het niet naleven van ziekteverzuimregels en disfunctioneren op staande voet was ontslagen, had geholpen bij het laten verbeteren van zijn functioneren en bovendien had getracht hem te begeleiden bij de aanpak van zijn alcoholprobleem.

Als laatste noem ik het arrest van het Hof Den Haag van 27 september 2011.<sup>665</sup> In deze kwestie had de werkgever de betrokken werkneemster op staande voet ontslagen omdat zij zonder daarvoor verkregen verlof afwezig was wegens vakantie. Het hof oordeelde dat het verleende ontslag een te zwaar middel was. Bij de beoordeling heeft het hof mede gewicht toegekend aan het belang van de werkneemster om daadwerkelijk met vakantie te gaan.

---

<sup>661</sup> Uitspraak 242.

<sup>662</sup> Uitspraak 248.

<sup>663</sup> Uitspraak 119.

<sup>664</sup> Uitspraak 263.

<sup>665</sup> Uitspraak 270.

#### **6.4 Weging van de gezichtspunten**

In paragraaf 5.4 is uiteengezet hoe in de lagere, op het arrest Van Hese/De Schelde gebaseerde rechtspraak wordt omgegaan met de afweging van de door de Hoge Raad in dat arrest genoemde gezichtspunten. Aldaar kwam aan de orde dat in slechts enkele gevallen uitdrukkelijk is aangegeven hoe de afweging van verschillende relevante gezichtspunten heeft plaatsgevonden. In het merendeel van de uitspraken werd met geen woord gerept over de door de lagere rechter gemaakte afweging.

Hoe is dat bij rechtspraak die is gebaseerd op de gezichtspunten-catalogus uit het arrest Schrijver/Van Essen? Net als in Van Hese/De Schelde heeft de Hoge Raad ook in dit arrest niet aangegeven hoe de lagere rechter de diverse relevante factoren moet wegen. Ook is geen bepaalde volgorde of importantie van de gezichtspunten voorgeschreven. In Schrijver/Van Essen heeft de Hoge Raad alleen bepaald dat ook wanneer de gevolgen van een ontslag op staande voet voor de werknemer ingrijpend zijn, een afweging van de persoonlijke omstandigheden tegen de aard en de ernst van de dringende reden tot de slotsom kan leiden dat een onmiddellijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst toch gerechtvaardigd is. Moeten nu uitsluitend het eerste gezichtspunt (de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt) en het vijfde gezichtspunt (de persoonlijke omstandigheden van de werknemer) tegen elkaar worden afgewogen? Dat is uitdrukkelijk niet het geval. Ook alle andere relevante factoren dienen in de door de rechter te maken afweging te worden betrokken. Immers, de Hoge Raad stelde in Schrijver/Van Essen voorop dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden ‘alle omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang’ in aanmerking moeten worden genomen.

Hoewel in alle onderzochte uitspraken door de rechter een afweging zal zijn gemaakt, blijkt uit slechts 18 zaken<sup>666</sup> uitdrukkelijk dat dat is gebeurd. In de meeste van die uitspraken is alleen aangegeven dat een afweging heeft plaatsgevonden, maar veelal is niet vermeld op welke wijze dat is gebeurd. Zo overwoog de Kantonrechter Amsterdam in zijn vonnis van 30 januari 2007<sup>667</sup> bijvoorbeeld dat ‘na afweging van met name voornoemde factoren’ het ontslag op staande voet op juiste grond gegeven is. Het Hof Leeuwarden oordeelde in gelijke zin. In het arrest van 10 april 2011<sup>668</sup> overwoog het hof dat ‘een en ander

---

<sup>666</sup> Zie de uitspraken 5, 6, 19, 34, 103, 117, 164, 176, 191, 204, 242, 280, 296, 297, 301, 303, 309 en 325.

<sup>667</sup> Uitspraak 5.

<sup>668</sup> Uitspraak 242.



afwegend' geen sprake is van een dringende reden die een ontslag op staande voet rechtvaardigde.<sup>669</sup>

Ook zien we met enige regelmaat dat de rechter kiest voor een 'enerzijds-anderzijds-benadering', waarbij wordt aangegeven welke gezichtspunten in het voordeel van de werkgever pleiten en welke in het voordeel van de werknemer. In die zin luidt bijvoorbeeld het vonnis van de Kantonrechter Zwolle van 30 januari 2007.<sup>670</sup> De kantonrechter overwoog dat het juist het verschil is tussen 'enerzijds' de ernst van de verwijten aan het adres van de werknemer en 'anderzijds' de relatief geringe gevolgen van het ontslag op staande voet, dat maakt dat de balans ten gunste van het standpunt van de werkgever doorslaat.<sup>671</sup>

Vaak echter wordt overwogen dat 'alle omstandigheden in aanmerking genomen...' of 'alles overziende...' een bepaalde uitkomst gerechtvaardigd is. Deze benadering werd onder andere gevolgd door het Hof Den Bosch in het arrest van 1 mei 2007.<sup>672</sup> Het hof overwoog dat 'de hiervoor weergegeven feiten en omstandigheden' het oordeel wettigen dat in dit geval een dringende reden aanwezig is. Van een echte afweging is hier geen sprake.<sup>673</sup>

Ik wijs verder op het arrest van het Hof Den Haag van 14 april 2009.<sup>674</sup> In dit arrest heeft het hof een opsomming gegeven van de gezichtspunten die het in de beoordeling heeft betrokken. Het hof kwam tot de conclusie dat de vraag of sprake is van een dringende reden ontkennend moet worden beantwoord, aangezien er teveel 'aan de andere kant van de weegschaal' ligt. Het hof heeft dus bijna letterlijk gewogen en is tot het oordeel gekomen dat de voor het standpunt van de werknemer sprekende gezichtspunten zwaarder wegen. In het vonnis van de Kantonrechter Heerenveen van 3 februari 2010<sup>675</sup> werd juist geoordeeld dat de persoonlijke omstandigheden van de werknemer van 'onvoldoende gewicht' waren om tot het oordeel te kunnen komen dat het ontslag op staande voet in een bodemzaak geen stand zal houden.<sup>676</sup> In vergelijkbare zin oordeelde de Kantonrechter Groningen bij vonnis van 6 juli 2010.<sup>677</sup> In deze zaak, waarin de werknemer (een docent) op staande voet was

---

<sup>669</sup> Vgl. ook de uitspraken 296, 297, 301, 303 en 325.

<sup>670</sup> Uitspraak 6.

<sup>671</sup> In vergelijkbare zin de uitspraken 19 en 280.

<sup>672</sup> Uitspraak 15.

<sup>673</sup> Zie ook de uitspraken 9 en 10.

<sup>674</sup> Uitspraak 117.

<sup>675</sup> Uitspraak 164.

<sup>676</sup> In vergelijkbare zin uitspraak 204.

<sup>677</sup> Uitspraak 191.

ontslagen wegens het bezit van kinderporno, werd overwogen dat ‘in het kader van een wederzijdse belangenafweging’ de maatschappelijke belangen van een school waar veel studenten van 16 en 17 jaar staan ingeschreven, dienen te prevaleren boven de individuele belangen van de werknemer.<sup>678</sup>

Bij de bespreking van de op het arrest Van Hese/De Schelde gebaseerde lagere rechtspraak zagen we dat de rechter in enkele zaken heeft aangegeven welk onderling gewicht aan de diverse gezichtspunten toekomt.<sup>679</sup> In de lagere ontslag op staande voet-rechtspraak ben ik dergelijke uitspraken niet veel tegengekomen. Vermeldenswaard is wel het arrest van het Hof Den Haag van 21 september 2007.<sup>680</sup> In deze uitspraak gaf het hof namelijk aan zeer veel gewicht toe te kennen aan een bepaald gezichtspunt, te weten dat iemand met een belangrijke vertrouwensfunctie in de beleggingswereld van onbesproken gedrag moet zijn (vgl. het tweede gezichtspunt uit Schrijver/Van Essen). Het hof heeft ‘doorslaggevende betekenis’ aan dit aspect toegekend. Een afweging van de persoonlijke omstandigheden tegenover de aard en de ernst van de dringende reden leidde dan ook tot de conclusie dat van de werkgever niet kon worden gevergd de werknemer nog langer in dienst te houden.

Kortom, over de wijze waarop de lagere rechter de relevante factoren tegen elkaar afweegt is zeer lastig een heldere lijn te ontwaren. De Hoge Raad heeft wat dat aangaat ook geen mogelijkheid deze afweging, die tot een zogenoemde gemengde beslissing leidt,<sup>681</sup> bij te sturen. Niet voor niets schreef A-G Strikwerda in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 19 november 2004,<sup>682</sup> dat de waardering en weging van de concrete omstandigheden is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt.

De vraag rijst wel of met een dergelijke beknopte motivering van de gemaakte afweging wordt voldaan aan het vereiste dat door de Hoge Raad wordt gesteld aan motiveringen van rechterlijke uitspraken. Deze maatstaf houdt in dat de rechter inzicht moet geven in zijn gedachtegang, zo is beschreven in paragraaf 4.5. Erg veel inzicht wordt in de uitspraken van de feitenrechters echter niet geboden. Vaak wordt wel duidelijk welke omstandigheden in ogenschouw zijn

---

<sup>678</sup> Zie ook uitspraak 309, waarin de rechter de dringende reden heeft afgewogen tegen de door de werknemer genoemde omstandigheden. De rechter oordeelde dat onmiddellijke beëindiging van het dienstverband desondanks gerechtvaardigd was.

<sup>679</sup> Zie hiervoor paragraaf 5.4.

<sup>680</sup> Uitspraak 34.

<sup>681</sup> Zie daarover paragraaf 4.6.2.

<sup>682</sup> JAR 2005/49.

genomen, maar op welke wijze deze aan het uiteindelijke oordeel hebben bijgedragen blijft zo goed als altijd onbesproken.

## 6.5 Procesrechtelijke aspecten

In de rechtspraak van de Hoge Raad van na het arrest Schrijver/Van Essen uit 1999 zijn diverse procesrechtelijke aspecten aan de orde gekomen die van belang zijn voor de wijze waarop met de gezichtspuntencatalogus om moet worden gegaan.<sup>683</sup> Ook de conclusies van het OM zijn hierbij van belang. In paragraaf 6.2.1 werd in dit verband onder andere gewezen op de stelplicht, de motivering en de toetsing in cassatie. Hieronder zal worden bekeken hoe in de lagere rechtspraak met de diverse in hoofdstuk 4 genoemde procesrechtelijke aspecten is omgesprongen.<sup>684</sup>

Ik noem allereerst de bewijsrechtelijke aspecten, waarbij de stelplicht- en bewijslastverdeling in het oog springen. Bij de op het arrest Van Hese/De Schelde gebaseerde rechtspraak werd vooral per gezichtspunt ingegaan op de verdeling van de stelplicht en de bewijslast. In algemene zin werd slechts af en toe aandacht besteed aan dit aspect. Bij de lagere jurisprudentie met betrekking tot ontslag op staande voet is dat omgekeerd. Daarin wordt veelvuldig overwogen dat de bewijslast ligt bij degene die de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opzegt, in de regel dus de werkgever.<sup>685</sup>

<sup>683</sup> Zie hierover ook Quist 2007b, p. 290 e.v.

<sup>684</sup> De motiveringsplicht zal in deze paragraaf buiten beschouwing worden gelaten, nu deze reeds hierboven aan de orde is gekomen. De toetsing in cassatie speelt bij de bespreking van de lagere rechtspraak uiteraard geen rol.

<sup>685</sup> Zie bijvoorbeeld Bosse 2003, p. 254 e.v., Sagel & Verhulp 2005, p. 111, Verhulp & Zondag 2008, p. 73, Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011, p. 165, Sagel 2013, p. 84 en 431, alsmede Van Drongelen, Klingeman & Van Rijs 2013, p. 26 en 105. Dit uitgangspunt wordt niet anders indien het door de werknemer gevoerde verweer vragen oproept en de werknemer wellicht niet steeds de (volledige) waarheid heeft verklaard. Dat zijn aspecten die bij de weging van het aangedragen bewijs een rol moeten spelen en dus niet bij de verdeling van de bewijslast an sich, zo volgt uit uitspraak 233. Zie ook de annotatie van Verhulp onder uitspraak 5. Verhulp heeft geschreven dat het bewijs van de dringende reden soms een zware last kan zijn (zie ook Verhulp 2007, p. 8). Dat is zeker het geval wanneer een zogenoemd negatief feit moet worden bewezen, zoals bijvoorbeeld de stelling dat geen afdracht van gelden heeft plaatsgevonden, waarover Vermeulen in zijn noot onder uitspraak 321. De werkgever zal de dringende reden zorgvuldig moeten formuleren, aangezien hij die dringende reden ook zal moeten bewijzen. Wordt in de ontslagbrief bijvoorbeeld melding gemaakt van 'nadeel' van de werkgever, dan neemt de werkgever hiermee wel een extra risico op zich, aangezien dat nadeel ook zal moeten worden bewezen. Vgl. hierover de noot van Zondag onder uitspraak 34. Zie over het formuleren van de dringende reden ook Dammingh & Schoenmaker-Tijsseling 2007, p. 9 e.v.

In niet minder dan 60 uitspraken werd aandacht besteed aan de stelplicht- en bewijslastverdeling.<sup>686</sup> Dat is in bijna een vijfde van alle onderzochte uitspraken. In een tweetal zaken kwam de bewijslastverdeling voor bijzondere gevallen aan de orde. Dat was allereerst het geval in het arrest van het Hof Arnhem van 23 oktober 2007.<sup>687</sup> Het hof overwoog dat volgens vaste jurisprudentie<sup>688</sup> in het algemeen op de werkgever die zijn werknemer op staande voet ontslaat wegens ongeoorloofd werkverzuim, de stelplicht en, wanneer de werknemer voldoende gemotiveerd weersprekt dat het werkverzuim ongeoorloofd was, de bewijslast van het ongeoorloofd zijn van het werkverzuim rust. Het hof voegde daaraan toe dat van een voldoende gemotiveerde weerspreking in de regel sprake is indien de werknemer aanvoert dat hij wegens ziekte arbeidsongeschikt was. De werkgever moet dan in beginsel bewijzen dat de werknemer arbeidsgeschikt was.<sup>689</sup>

Ondanks de op zichzelf heldere hoofdregel van bewijslastverdeling lijkt het in de lagere rechtspraak wel eens fout te gaan. Daarvan is naar mijn mening sprake in het vonnis van de Kantonrechter Amsterdam van 16 maart 2009.<sup>690</sup> In deze zaak was de bestuursvoorzitter van Woningstichting Rochdale op staande voet ontslagen, onder andere vanwege het gebruik van de zakelijke creditcard voor privéhandelingen. De kantonrechter overwoog dat de gemaakte verwijten het ontslag op staande voet konden dragen en dat hetgeen de werknemer daartegenover had gesteld niet of onvoldoende kon overtuigen. De kantonrechter overwoog ook dat de werknemer in deze procedure niet had aangetoond dat zijn privé-uitgaven met de zakelijke creditcard ook daadwerkelijk zijn verrekend. Wellicht heeft de kantonrechter willen zeggen dat de betwisting van de stellingen van de werkgever met betrekking tot het gebruik van de zakelijke

<sup>686</sup> Dat was het geval in de uitspraken 2, 9, 11, 39, 41, 59, 67, 68, 75, 76, 78, 91, 92, 99, 110, 114, 129, 137, 140, 146, 150, 153, 155, 165, 170, 172, 184, 185, 188, 190, 203, 206, 217, 222, 223, 229, 233, 236, 240, 253, 255, 258, 259, 260, 261, 267, 277, 279, 285, 290, 292, 294, 303, 304, 308, 310, 311, 314, 321 en 322.

<sup>687</sup> Uitspraak 39. Zie in dezelfde zin uitspraak 229, hetgeen eveneens een arrest van het Hof Arnhem betreft.

<sup>688</sup> Zie bijvoorbeeld HR 22 januari 1993, JAR 1993/50 en HR 27 september 1996, JAR 1996/217.

<sup>689</sup> Het hof spreekt steeds van 'in het algemeen', 'in de regel' en 'in beginsel', aangezien de omstandigheden van het geval een omkering van de bewijslast kunnen rechtvaardigen. Het Hof Arnhem overwoog dat ook uitdrukkelijk: 'Op grond van de omstandigheden van het geval kan van deze verdeling van de bewijslast worden afgeweken en de bewijslast van zijn arbeidsongeschiktheid op de werknemer worden gelegd. Dit kan onder meer het geval zijn, wanneer de werknemer zich niet tijdig ziek meldt, terwijl van hem gevergd kan worden dat wel te doen, of zich anderszins schuldig maakt aan plichtsverzuim in de zin van artikel 7:678 lid 2 onder k BW.'

<sup>690</sup> Uitspraak 110.

creditcard onvoldoende gemotiveerd waren, maar dan is het vreemd dat het woord ‘aangetoond’ is gebezigd. Immers, met het betwisten van de stellingen van de wederpartij trekt men geen bewijslast naar zich toe, zo is in paragraaf 4.2.3.3 beschreven. De hoofdregel van bewijslastverdeling brengt dan ook met zich mee dat de werkgever zal moeten aantonen dat de privébestedingen, anders dan de werknemer meent, niet zijn verrekend. Indien de kantonrechter overigens wel een omkering van de bewijslast voor ogen had, blijkt daarvan niet uit het vonnis, terwijl een dergelijke beslissing wel zal moeten worden gemotiveerd.<sup>691</sup>

Ik wijs in dit kader ook op het vonnis van de Kantonrechter Sittard-Geleen van 12 mei 2010,<sup>692</sup> waarin de kantonrechter overwoog dat de werknemer in onvoldoende mate aannemelijk had gemaakt dat geen sprake was van een dringende reden die een onverwijld opzegging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigde, als zou de bewijslast ter zake op de werknemer rusten. Dat is echter niet het geval, waarbij vermeld moet worden dat ook uit deze uitspraak niet blijkt dat de kantonrechter het oog had op een omkering van de bewijslast.<sup>693</sup>

In paragraaf 4.2.3.2 is naar voren gebracht dat de werknemer de stellingen van de werkgever wel voldoende gemotiveerd zal moeten betwisten, bij gebreke waarvan deze stellingen vaststaan (vgl. art. 149 Rv). Indien wel sprake is van een voldoende gemotiveerde betwisting, kan de werkgever (indien hij heeft voldaan aan de op hem rustende stelplicht)<sup>694</sup> worden toegelaten tot bewijslevering, mits hij een daarop gericht en voldoende specifiek bewijsaanbod

---

<sup>691</sup> Aldus HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419, m.nt. MMM.

<sup>692</sup> Uitspraak 184.

<sup>693</sup> Zie over omkering van de bewijslast in ontslag op staande voet-zaken HR 17 december 1982, NJ 1983, 355. Zie voorts HR 13 juni 1986, NJ 1986, 764 en HR 3 oktober 1997, JAR 1997/232. Omkering van de bewijslast komt overigens niet vaak voor. Voor een voorbeeld wijs ik op het vonnis van de Kantonrechter Enschede van 3 april 2007, niet gepubliceerd, maar ontleend aan Opmaat Arbeidsrecht Nieuws van 13 april 2007 ([www.opmaatarbeidsrecht.sdu.nl](http://www.opmaatarbeidsrecht.sdu.nl)). De kantonrechter stelde weliswaar voorop dat de bewijslast ter zake van de dringende reden in beginsel op de werkgever rust, maar dat de feiten in die zaak, waarin de werknemer ongeoorloofd gebruik had gemaakt van een zakelijke tankpas, zodanig in het nadeel van de werknemer zijn dat de rechter aanleiding heeft gezien om de bewijslast om te keren. Het was aan de werknemer om aan te tonen dat zijn tankgedrag niet als diefstal c.q. verduistering kon worden aangemerkt.

<sup>694</sup> Waaroever Ktr. Wageningen 17 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ8089. De kantonrechter overwoog dat de werkgever na het weerwoord van de werknemer niet, althans onvoldoende, had toegelicht waarom er sprake was van een dringende reden die het ontslag op staande voet rechtvaardigde, zodat de kantonrechter niet toekwam aan het opdragen van bewijs. Vgl. paragraaf 4.2.3.1.

heeft gedaan.<sup>695</sup> Dit kwam duidelijk tot uiting in de beschikking van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 16 juni 2009.<sup>696</sup> Het hof overwoog dat, aangezien de werknemer voldoende gemotiveerd heeft betwist dat hij collega's op grovelijke wijze heeft beledigd of op ernstige wijze heeft bedreigd, de werkgever conform zijn voldoende gespecificeerde bewijsaanbod zal worden toegelaten te bewijzen dat de door hem gestelde incidenten daadwerkelijk hebben plaatsgevonden.

De werkgever zal zich er bij het formuleren van de dringende reden rekenschap van moeten geven dat hij die dringende reden ook zal moeten bewijzen. Dat speelt voornamelijk bij omschrijvingen van verweten gedragingen, bijvoorbeeld een strafrechtelijke kwalificatie, waar opzet onderdeel van uitmaakt.<sup>697</sup> Dat is bijvoorbeeld het geval bij diefstal en verduistering, maar ook bij fraude, zo volgt uit het vonnis van de Kantonrechter Haarlem van 7 september 2010.<sup>698</sup> De kantonrechter overwoog in deze uitspraak dat de bewijslast van de aanwezigheid van de dringende reden bij de werkgever ligt. Uit de door onderzoeksbureau Interseco geconstateerde handelingen viel naar het oordeel van de kantonrechter niet zonder meer te concluderen dat sprake was van fraude. Daaraan werd toegevoegd dat voor fraude immers een opzettelijk handelen van de pleger en het oogmerk om economisch voordeel te behalen vereist is.<sup>699</sup> De kantonrechter kwam tot de conclusie dat de dringende reden niet bewezen was en dat het erop leek dat de werkgever zijn stellingen op vermoedens had gebaseerd. Niet voor niets wordt doorgaans dan ook geadviseerd om geen strafrechtelijke kwalificaties te gebruiken, maar een omschrijving te geven van de aan de werknemer verweten gedragingen.<sup>700</sup>

Niet alleen komt de stelplicht- en bewijslastverdeling in algemene zin aan de orde in de bestudeerde lagere rechtspraak, af en toe wordt daar ook bij een afzonderlijk gezichtspunt aandacht aan besteed. Dat was bijvoorbeeld het geval in het vonnis van de Kantonrechter Haarlem van 30 juni 2011.<sup>701</sup> De

---

<sup>695</sup> Zie over dit laatste paragraaf 4.2.3.4.

<sup>696</sup> Uitspraak 126.

<sup>697</sup> Of strafrechtelijk geformuleerd: waarbij 'opzet' deel uitmaakt van de delictsomschrijving.

<sup>698</sup> Uitspraak 206.

<sup>699</sup> Overigens is 'fraude' geen in Sr voorkomende delictsomschrijving, zo is in uitspraak 278 overwogen. Dat is, zo werd daaraan toegevoegd, gelet op de tekst van art. 7:678 lid 1 BW ook niet nodig.

<sup>700</sup> Zie bijvoorbeeld Dammingh & Schoenmaker-Tijsseling 2007, p. 13.

<sup>701</sup> Uitspraak 257.

kantonrechter overwoog dat voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet mede van belang is dat niet gesteld of gebleken is dat de werknemer tot aan de verweten gebeurtenissen niet goed heeft gefunctioneerd. Uit deze overweging kan worden afgeleid dat de stelplicht ter zake van het vierde gezichtspunt op de werkgever rust. Anders gezegd, indien de werkgever wil dat het niet goed functioneren van de werknemer in de beoordeling wordt betrokken, zal hij daarop gerichte stellingen moeten innemen, bij gebreke waarvan de kantonrechter, zoals in deze zaak, ervan kan uitgaan dat de werknemer goed heeft gefunctioneerd.<sup>702</sup>

Iets opmerkelijks doet zich voor bij het vijfde gezichtspunt, de persoonlijke omstandigheden van de werknemer. Hoewel deze factor moet worden betrokken bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een dringende reden en de bewijslast van die dringende reden op de werkgever rust, blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad en diverse conclusies van het OM dat het op de weg van de werknemer ligt om zijn persoonlijke omstandigheden naar voren te brengen.<sup>703</sup> Dat zien we ook terug in de lagere rechtspraak. Ik noem bijvoorbeeld het arrest van het Hof Den Bosch van 2 augustus 2011,<sup>704</sup> waarin het hof overwoog dat persoonlijke omstandigheden waarmee bij de beoordeling rekening moet worden gehouden niet zijn gesteld noch zijn gebleken. Ik wijs voorts op het arrest van het Hof Leeuwarden, gewezen op 3 juli 2012.<sup>705</sup> Het hof stelde in deze uitspraak vast dat er geen feiten en/of omstandigheden zijn gesteld of gebleken waaruit moet worden afgeleid dat de werknemer door het ontslag op staande voet zodanig in zijn belangen is geschaad, dat op grond daarvan het ontslag niet als rechtmatig moet worden aangemerkt. Het Hof Arnhem overwoog in zijn arrest van 31 juli 2012<sup>706</sup> in vergelijkbare bewoordingen: voldoende concrete feiten en omstandigheden aan de zijde van de werknemer die van zodanig gewicht zijn dat zij in de weg staan aan een ontslag op staande voet, zijn gesteld noch gebleken.<sup>707</sup> Wanneer de werknemer dus wenst dat de

---

<sup>702</sup> In diverse zaken zijn door partijen wel stellingen ingenomen, zonder dat de rechter daar iets mee heeft gedaan, althans daarvan blijkt niet uit de betrokken uitspraken. Dat was bijvoorbeeld het geval in uitspraak 135, in welke zaak de werknemer had aangevoerd dat hij gedurende zijn dienstverband van vrijwel 40 jaar goed had gefunctioneerd. Uit de beoordeling van de rechter blijkt echter niet dat dit gezichtspunt in ogenschouw is genomen.

<sup>703</sup> Zie daarover paragraaf 6.2.1.

<sup>704</sup> Uitspraak 261.

<sup>705</sup> Uitspraak 324.

<sup>706</sup> Uitspraak 331.

<sup>707</sup> Vgl. in dit verband ook nog uitspraak 79.

rechter de hem betreffende persoonlijke omstandigheden in de beoordeling betreft, zal hij daarvoor voldoende concrete informatie moeten aandragen. Gebeurt dat niet, dan zal deze factor niet in de beoordeling kunnen worden betrokken.

Een ander aspect van de bewijslastverdeling betreft het zogenoemde bevrijdend verweer, waarvan, zo is in paragraaf 4.2.3.2 en 4.2.3.3 uiteengezet, de bewijslast (en daarmee ook het bewijsrisico) rust op de partij die een dergelijk verweer inroept. Dat geldt ook indien de werknemer in een ontslag op staande voet-zaak een dergelijk verweer voert, zoals voortvloeit uit het arrest van het Hof Leeuwarden van 27 maart 2012.<sup>708</sup>

Wanneer de stellingen van de ene partij door de andere partij niet of onvoldoende gemotiveerd worden betwist, dan staan deze vast, zo volgt uit art. 149 Rv.<sup>709</sup> Ook in de bestudeerde lagere rechtspraak komt het met regelmaat voor dat bepaalde stellingen via deze weg komen vast te staan, zodat (nadere) bewijslevering niet meer aan de orde is. Dat dit grote gevolgen kan hebben blijkt wel uit het arrest van het Hof Leeuwarden van 6 augustus 2008,<sup>710</sup> waarin het hof overwoog dat de werknemer de stelling van de werkgever, dat hij vijf dozen fritespoeder had ontvreemd, onvoldoende had weersproken, zodat van de juistheid van die stelling moet worden uitgegaan.<sup>711</sup> In dit kader dient ook opgemerkt te worden dat wanneer de werkgever de door hem gestelde dringende redenen uitvoerig toelicht, mede aan de hand van een grote hoeveelheid stukken, de werknemer niet kan volstaan met een min of meer kale betwisting daarvan.<sup>712</sup> Hoever de werknemer moet gaan in zijn betwisting van de stellingen van de werkgever, hangt dus af van de wijze waarop de werkgever zijn standpunt handen en voeten heeft gegeven.<sup>713</sup>

Andersom kan het natuurlijk ook gebeuren dat de werkgever de stellingen van de werknemer niet of niet voldoende betwist. Daarvan was bijvoorbeeld sprake in de procedure die resulteerde in het arrest van het Hof Arnhem van 27 maart 2012.<sup>714</sup> In dit arrest is te lezen dat de werkgever niet heeft betwist dat het dienstverband van de werknemer (afgezien van de

---

<sup>708</sup> Uitspraak 303.

<sup>709</sup> Zie hierover paragraaf 4.2.3.2.

<sup>710</sup> Uitspraak 79.

<sup>711</sup> Vgl. ook de uitspraken 217, 251 (waarin de werknemer op bepaalde punten in het geheel geen verweer had gevoerd tegen de stellingen van de werkgever), 286 en 288.

<sup>712</sup> Zo werd overwogen in uitspraak 165.

<sup>713</sup> Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 4.2.3.2.

<sup>714</sup> Uitspraak 304.



gedraging die tot het ontslag op staande voet heeft geleid) smetteloos was en dat hij zijn werkzaamheden steeds naar behoren heeft verricht.

Na de fasen van het stellen, het betwisten en de bewijslastverdeling, komt de vraag aan de orde of de partij die de bewijslast heeft wel een ter zake dienend en voldoende concreet bewijsaanbod heeft gedaan. Indien dat niet het geval is, zal aan bewijslevering niet kunnen worden toegekomen, tenzij de rechter ambtshalve een bewijsopdracht zou geven.<sup>715</sup> Een voorbeeld van een geval waarin geen (nader) bewijs was aangeboden, kan worden ontleend aan het arrest van het Hof Den Bosch van 2 augustus 2011.<sup>716</sup> Eén van de aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde redenen was dat de werknemer tijdens ziekte teveel kilometers met een bedrijfsauto had gereden, waartegen de werknemer zich heeft verweerd. Naar het oordeel van het hof is deze kwestie erg onduidelijk gebleven. Nu de werkgever, op wie – zo oordeelde het hof – de bewijslast rust, geen (nader) bewijs heeft aangeboden, kan dit verwijt niet in de beoordeling worden betrokken.<sup>717</sup>

In paragraaf 4.2.4.2 kwam reeds aan de orde dat in kort geding,<sup>718</sup> afgezien van de geproduceerde stukken, voor bewijslevering in beginsel geen plaats is. Gelet op het feit dat veel ontslag op staande voet-zaken in kort geding worden gevoerd,<sup>719</sup> is dit een aspect om terdege rekening mee te houden. In veel van de onderzochte kort gedinguitspraken werd dan ook vooropgesteld dat voor (nadere) bewijslevering geen plaats was, zoals bijvoorbeeld in het arrest van het Hof Leeuwarden van 24 januari 2007.<sup>720</sup> Het hof overwoog dat voor het vaststellen van de feitelijke gang van zaken nader onderzoek nodig is

<sup>715</sup> Voor een en ander verwijs ik naar paragraaf 4.2.3.4.

<sup>716</sup> Uitspraak 261.

<sup>717</sup> Voor een voorbeeld waarin de werkgever conform zijn bewijsaanbod wel tot (nadere) bewijslevering werd toegelaten, wijs ik op uitspraak 262.

<sup>718</sup> Waarvoor vanzelfsprekend een spoedeisend belang vereist is. In de meeste uitspraken werd overwogen dat het vereiste spoedeisend belang uit de aard van de vordering voortvloeit. Zie bijvoorbeeld uitspraak 239, waarin werd geoordeeld dat het spoedeisend belang volgens vaste rechtspraak voortvloeit uit de aard van de vordering, nu de werknemer aanzienlijke inkomsten moet missen welke strekken tot het voorzien in zijn levensonderhoud. In uitspraak 294 werd wel een spoedeisend belang aangenomen ten aanzien van de vordering tot loon(door)betaling, maar niet ten aanzien van de gevorderde wedertewerkstelling en de vordering tot afgifte van loonspecificaties. Zie in het kader van het spoedeisend belang verder onder meer de uitspraken 238, 240, 244, 260, 273, 289 en 311. Zie over het kort geding in ontslag op staande voet-zaken ook Disselkoen & Jakimowicz 2011, p. 1157-1158 en van oudere datum Kuip 1994, p. 3 e.v.

<sup>719</sup> Van de 331 zaken was dat in 178 gevallen. Dat is in 53,8% van het totaal.

<sup>720</sup> Uitspraak 2.

– waaronder het horen van getuigen –, maar dat deze kort gedingprocedure zich daar niet voor leent. De Kantonrechter Maastricht formuleerde het anders in zijn vonnis van 6 juni 2012.<sup>721</sup> In deze uitspraak werd vooropgesteld dat om een (voorlopige) voorziening als gevorderd te kunnen treffen, met redelijke mate van zekerheid aangenomen dient te kunnen worden dat hetgeen wordt gevorderd, in min of meer dezelfde vorm goede kans van slagen heeft bij de bodemrechter. Deze vaststelling moet, aldus de kantonrechter, geschieden op basis van hetgeen in deze korte procedure naar voren is gebracht, afgezet tegen de geprognosticeerde kansen in een eventuele bodemprocedure. Ook hieruit blijkt dat naast hetgeen door partijen in de procedure naar voren is gebracht, voor verdere bewijslevering geen ruimte is.<sup>722</sup>

Wanneer wel (nadere) bewijslevering heeft plaatsgevonden, zal het bijgebrachte bewijs moeten worden gewaardeerd.<sup>723</sup> In de onderzochte uitspraken komt vanzelfsprekend met regelmaat aan de orde dat bepaalde stellingen naar het oordeel van de rechter wel of niet bewezen zijn. In algemene zin valt daar weinig over te zeggen. Wel wijs ik in het kader van de bewijswaardering op de bewijskracht van een bekennende verklaring van de werknemer. Dit aspect was aan de orde in het vonnis van de Kantonrechter Groningen van 22 februari 2012.<sup>724</sup> In deze zaak was de werkneemster op staande voet ontslagen in verband met verduistering. Voordat zij op staande voet werd ontslagen heeft de werkneemster ten overstaan van de filiaalmanager en de districtsmanager een door haar handgeschreven en ondertekende verklaring afgelegd. Naar aanleiding van deze verklaring overwoog de kantonrechter dat daaraan dwingende bewijskracht toekomt voor zover de verklaring ziet op het verhalende gedeelte waarin de werkneemster te kennen heeft gegeven gedurende ongeveer 9 maanden € 50,00 à € 60,00 per dag te hebben verduisterd.<sup>725</sup> Behoudens bewijs van het tegendeel dient, zo overwoog de kantonrechter verder, van de juistheid van die verklaring te worden uitgegaan.<sup>726</sup>

---

<sup>721</sup> Uitspraak 318.

<sup>722</sup> Zie voor andere vonnissen en arresten waarin dit aspect aan de orde kwam de uitspraken 32, 54, 60, 81, 91, 92, 110, 115, 121, 152, 154, 164, 173, 181, 185, 202, 204, 208, 213, 223, 229, 232, 237, 246, 260, 265, 267, 285, 287, 290, 292, 296, 304, 314, 317 en 328.

<sup>723</sup> Daarvoor verwijs ik naar paragraaf 4.2.3.7.

<sup>724</sup> Uitspraak 295.

<sup>725</sup> Vgl. art. 157 lid 2 Rv.

<sup>726</sup> Overigens hoeft de werkneemster – anders dan uit het vonnis blijkt – het tegendeel niet te bewijzen; zij moet tegenbewijs leveren en geen tegendeelbewijs.

Ook in de zaak die diende voor de Kantonrechter Enschede en die resulteerde in het vonnis van 24 februari 2012,<sup>727</sup> speelde een rol dat de werkneemster een schriftelijke bekentenis (van diefstal c.q. verduistering) had afgelegd. Achteraf betoogde de werkneemster dat haar verklaringen onder ongeoorloofde druk waren afgelegd. Dat verweer werd door de kantonrechter gepasseerd. De kantonrechter overwoog hieromtrent dat uit geen enkele omstandigheid blijkt dat de verklaring niet uit vrije wil is afgelegd. Daar komt bij dat de werkneemster een afschrift van de verklaring heeft meegekregen en dat het voor de hand had gelegen dat zij onmiddellijk na thuiskomst of kort daarna zou hebben geprotesteerd tegen de inhoud van de verklaring indien deze niet conform het door haar uit vrije wil verklaarde zou zijn opgesteld. Er was echter niet gesteld of anderszins gebleken dat de werkneemster had geprotesteerd. De kantonrechter achtte het niet aannemelijk dat de werkneemster er in een bodemprocedure in zou slagen aannemelijk te maken dat de door haar afgelegde verklaring op onrechtmatige wijze tot stand zou zijn gekomen, dan wel niet geloofwaardig is.

De link met onrechtmatig verkregen bewijs is nu snel gelegd. Ook deze problematiek kwam in een aantal uitspraken aan de orde. Dat was in de eerste plaats in het vonnis van de Kantonrechter Sittard-Geleen van 7 juli 2010.<sup>728</sup> In deze zaak had de werknemer zich op het standpunt gesteld dat de door de werkgever overgelegde e-mailberichten, afkomstig van de computer van de werknemer, onrechtmatig waren verkregen en mitsdien buiten beschouwing moesten worden gelaten. De kantonrechter heeft deze redenering niet gevolgd. Onrechtmatig verkregen bewijs dient buiten beschouwing te blijven, zo overwoog de rechter, indien de met de inbreuk aangetaste belangen van de werknemer zwaarder wegen dan de met de inbreuk gediende belangen van de werkgever. De door de kantonrechter gemaakte belangenafweging viel in het nadeel van de werknemer uit, zodat de werkgever zich op de bewuste e-mailberichten kon blijven beroepen om zijn stelling, dat sprake was van een dringende reden, te schragen.

In de zaak die leidde tot het – ook hierboven genoemde – vonnis van de Kantonrechter Enschede van 24 februari 2012<sup>729</sup> werd door de werkneemster eenzelfde verweer opgeworpen, dit maal omdat zij van oordeel was dat de gemaakte videobeelden (waardoor haar diefstal/verduistering aan het licht was

---

<sup>727</sup> Uitspraak 296.

<sup>728</sup> Uitspraak 192.

<sup>729</sup> Uitspraak 296.

gekomen) op onrechtmatige wijze tot stand waren gekomen en dus niet als bewijsmateriaal mochten worden gebruikt. Ook in deze zaak werd het verweer verworpen. De kantonrechter wees in dit verband op het belang van de werkgever bij het terugdringen van diefstal door eigen personeel en het feit dat de OR had ingestemd met het gebruik maken van verborgen camera's op de werkplek. De videobeelden konden dus bijdragen aan het bewijs dat de werknemer zich schuldig had gemaakt aan diefstal c.q. verduistering.

In één van de onderzochte uitspraken is aandacht besteed aan art. 21 Rv, dat bepaalt dat partijen verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren.<sup>730</sup> In het arrest van het Hof Arnhem van 8 maart 2011<sup>731</sup> werd geoordeeld dat de werknemer niet aan deze verplichting had voldaan. Het hof overwoog dat in ieder geval de in de conclusie van repliek van de werknemer geponeerde stelling dat het bewuste bedrag op 24 oktober 2005, toen zij op de overschrijving werd geattendeerd, nog 'gewoon op haar rekening' stond, niet in overeenstemming met de waarheid is. De werknemer had, aldus het hof, niet voldaan aan de in art. 21 Rv omschreven verplichting. Hoewel het hof hier niet uitdrukkelijk een 'sanctie' aan koppelde (zoals de tweede volzin van art. 21 Rv toelaat), achtte het hof bewezen dat de werknemer zich schuldig had gemaakt aan diefstal c.q. verduistering van een geldbedrag.

In het kader van de procesrechtelijke aspecten wijs ik ten slotte (kort) op de werking van het grievensysteem. Partijen moeten zelf aangeven welke discussiepunten in hoger beroep nog aan de orde komen.<sup>732</sup> Dit wordt wel de negatieve zijde van de devolutive werking van het hoger beroep genoemd. Dat betekent dat de omvang van het appel wordt bepaald door de door partijen opgeworpen grieven. Wanneer tegen een bepaalde eindbeslissing van de rechter in eerste aanleg geen grief wordt gericht, zal het gerechtshof van die beslissing uit moeten gaan.<sup>733</sup> Daarvan was sprake in het arrest van het Hof Leeuwarden van 3 juli 2012.<sup>734</sup> Het hof stelde in die procedure vast dat de werkgever twee redenen aan het ontslag op staande voet ten grondslag had gelegd, te weten het

---

<sup>730</sup> Zie over deze materie paragraaf 4.4.

<sup>731</sup> Uitspraak 233.

<sup>732</sup> Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 412.

<sup>733</sup> Behoudens voor zover de positieve zijde van de devolutive werking meebrengt dat het hof gehouden is bepaalde stellingen of verweren uit eerste aanleg (opnieuw) te beoordelen.

<sup>734</sup> Uitspraak 324.

heimelijk kopiëren van bestanden en het tijdens werktijd raadplegen van adviseurs ten behoeve van de eigen op te zetten onderneming zonder dit op deugdelijke wijze in het administratiesysteem van de werkgever vast te leggen. Deze laatste grond is door de kantonrechter niet behandeld in het kader van de overwegingen of het ontslag op staande voet al dan niet terecht was gegeven. Daartegen was niet gegriefd, hetgeen het hof tot het oordeel leidde dat voor de beoordeling van het geschil alleen het heimelijk kopiëren van bestanden aan de orde is.

Op de motivering van uitspraken waarin de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Schrijver/Van Essen is toegepast, ben ik reeds ingegaan in paragraaf 6.4, waarin de weging van de gezichtspunten aan de orde was. Ik verwijs naar die paragraaf.

## 6.6 Afronding

Net als bij het arrest Van Hese/De Schelde, geldt ook ten aanzien van de gezichtspuntencatalogus uit Schrijver/Van Essen dat het sturende karakter van de door de Hoge Raad genoemde factoren beperkt is. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het in paragraaf 6.3.1 opgenomen schema. Hierin is te zien dat de uitkomst (wel of geen dringende reden) per categorie dringende reden erg wisselt. Hoewel ten aanzien van sommige categorieën (denk aan diefstal c.q. verduistering) wordt aangenomen dat dat een grond voor ontslag op staande voet kan opleveren, blijkt uit voornoemd schema dat toch in 3 op de 10 zaken geen dringende reden werd aangenomen.

Dat heeft ermee te maken dat niet uitsluitend moet worden gelet op het (imperatief voorgeschreven) gezichtspunt dat betrekking heeft op de aard en ernst van het aan de werknemer gemaakte verwijt, maar dat ook acht moet worden geslagen op alle andere relevante omstandigheden. Uit de bespreking van de overige uit Schrijver/Van Essen voortvloeiende factoren blijkt echter dat die lang niet altijd in de beoordeling worden betrokken. Het aantal zaken waarin op alle vijf de gezichtspunten is ingegaan, is beperkt.<sup>735</sup> Op voorhand is dan ook lastig in te schatten welke factoren de rechter van belang zal achten voor de door hem te nemen beslissing.

Daar komt bij dat vervolgens de vraag is hoe de in de beoordeling te betrekken gezichtspunten zullen worden ingekleurd. Pas nadat een invulling aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden heeft plaatsgevonden, zal duidelijk(er) worden in het voordeel van welke partij het gezichtspunt spreekt en

---

<sup>735</sup> In slechts 14 van de 331 uitspraken werd op alle vijf de gezichtspunten ingegaan. Vgl. paragraaf 6.3.1.

welk gewicht aan die factor toekomt in de uiteindelijk te maken afweging. Uit de bespreking van de gezichtspunten uit het arrest Schrijver/Van Essen blijkt dat de wijze waarop deze factoren in de lagere rechtspraak zijn ingevuld, erg wisselend is. Buijs schreef daarover dat verschillende rechters ook een heel verschillende kijk op bepaalde feiten kunnen hebben.<sup>736</sup> Daar komt bij dat de beoordeling van de dringende reden zo afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden van het geval dat elke keer weer een eigen afweging noodzakelijk is.<sup>737</sup> Ook dat maakt het lastig om de uitkomst van de procedure te voorspellen.

Een andere factor die daar debet aan is, is dat – anders dan bij Van Hese/De Schelde – bij ontslag op staande voet-zaken heel veel gebruik wordt gemaakt van overige gezichtspunten. Of de rechter ook niet in Schrijver/Van Essen genoemde factoren van belang zal achten en zo ja, hoe en welk gewicht daaraan toekomt, laat zich op voorhand lastig inschatten. Ik noem als voorbeeld de zaken waarin de werkgever zwaar werd aangerekend dat hij de werknemer niet had gehoord voordat tot het verlenen van ontslag op staande voet werd overgegaan of dat de werkgever in procedureel opzicht anderszins steken had laten vallen.<sup>738</sup> Dat is een gezichtspunt dat niet uit Schrijver/Van Essen voortvloeit, maar de bedoelde procedurele factoren kunnen wel van grote invloed zijn op de uitkomst.

Sagel en Verhulp hebben erop gewezen dat er in de lagere rechtspraak duidelijke lijnen te ontwaren zijn,<sup>739</sup> hetgeen ook naar voren komt in het recente proefschrift van Sagel.<sup>740</sup> Naar mijn oordeel is dat slechts in beperkte mate het geval en gold niet alleen, maar geldt nog steeds dat de uitkomst van een ontslag op staande voet-zaak in de regel lastig te voorspellen blijft.<sup>741</sup> Dat zal deels ook

---

<sup>736</sup> Buijs 2000, p. 373.

<sup>737</sup> Verhulp 2008, p. 63.

<sup>738</sup> Zie daarover paragraaf 6.3.7.19.

<sup>739</sup> Sagel & Verhulp 2005, p. 88 e.v.

<sup>740</sup> Sagel 2013, p. 352 e.v.

<sup>741</sup> Zie in dit verband onder andere Jacobs 2001, p. 39, Loonstra 2005, p. 295 en meer recent Houweling 2011, p. 477, Van Drongelen, Klingeman & Van Rijs 2013, p. 105, Oostwouder 2013, p. 49, alsmede Van der Voet in haar noot onder HR 20 april 2012, JAR 2012/135. Verhulp heeft erop gewezen dat het kwalificeren van een dringende reden er door het arrest Schrijver/Van Essen niet eenvoudiger op is geworden. Zie Verhulp 2003, p. 15. Recent heeft ook Grapperhaus het treffend verwoord door te schrijven: 'Een ander bezwaar vind ik dat een werkgever, die soms een heel terechte concrete aanleiding heeft voor ontslag op staande voet, vervolgens een welhaast onmogelijke afweging moet gaan maken aan de hand van de gezichtspuntencatalogus die wat mij betreft net zo uitgebreid overkomt als het telefoonboek van Gouda en daarbij soms op een pijnlijke manier kan mistasten.' Grapperhaus 2013, p. 4.

---

worden veroorzaakt doordat uit de uitspraken van lagere rechters in de regel wel duidelijk wordt welke gezichtspunten in de beoordeling zijn betrokken, maar dat vaak niet blijkt hoe die factoren zich tot elkaar verhouden en op welke wijze zij aan de uiteindelijke beslissing hebben bijgedragen. Pas als de gemaakte afweging beter wordt gemotiveerd, kunnen mogelijk duidelijke(re) lijnen zichtbaar worden, hetgeen de voorspelbaarheid ten goede kan komen.

Thans dient naar mijn oordeel de conclusie te zijn dat ook de wijze waarop de gezichtspunten uit het arrest Schrijver/Van Essen in de lagere rechtspraak worden toegepast, slechts in beperkte mate bijdragen aan het verschaffen van duidelijkheid ten aanzien van de relevante factoren. Datzelfde geldt voor wat betreft de voorspelbaarheid van de uitkomst van procedures waarin de vraag aan de orde komt of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet.





## **7 Bevindingen en conclusie**

### **7.1 Inleiding**

In het tweede hoofdstuk van dit boek werd in algemene zin ingegaan op het hanteren van gezichtspuntencatalogi, waarna in hoofdstuk 3 de arbeidsrechtelijke gezichtspunten(catalogi) centraal stonden. Vervolgens werden de procesrechtelijke aspecten in kaart gebracht. In de vorige twee hoofdstukken werd verslag gedaan van de analyse van de lagere rechtspraak waarin de gezichtspuntencatalogi uit de arresten Van Hese/De Schelde<sup>1</sup> en Schrijver/Van Essen<sup>2</sup> werden toegepast. Het is nu tijd om terug te komen op de centrale vraagstelling van mijn onderzoek.

In dit hoofdstuk zal worden beoordeeld of hetgeen met gezichtspuntencatalogi wordt beoogd, door de rechtspraak van de Hoge Raad alsmede van de feitenrechters ook daadwerkelijk wordt gerealiseerd, met andere woorden: of de in paragraaf 2.6 onderscheiden functies worden vervuld. Dat zal ik per genoemde functie doen, waarbij ook steeds aandacht zal worden besteed aan de in de literatuur geuite reacties, zoals die in paragraaf 2.7 aan de orde is gekomen. Daar waar de beoogde functie niet wordt vervuld, zal ik vervolgens (in paragraaf 7.3) aangeven hoe dat naar mijn oordeel wel (of beter) zou kunnen worden bewerkstelligd.

### **7.2 Functies van gezichtspuntencatalogi**

Alvorens de vraag kan worden beantwoord of de aan gezichtspuntencatalogi toegedichte functies in de rechtspraktijk worden gerealiseerd, diende eerst te worden onderzocht wat die functies zijn. Deze onderzoeksvraag is beantwoord in paragraaf 2.6. Aldaar is uiteengezet welke functies aan het hanteren van gezichtspunten(catalogi) worden toegedicht. Daar zijn vier categorieën onderscheiden. Het gaat om het:

- scheppen van duidelijkheid;
- vergroten van voorspelbaarheid;
- helpen invulling te geven aan open normen en evaluatieve begrippen, en
- in cassatie toetsen van gemengde beslissingen.

Met de beantwoording van de (deel)vraag naar de functies van gezichtspuntencatalogi, kan de volgende onderzoeksvraag worden beantwoord. Hieronder

---

<sup>1</sup> HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, m.nt. Bloembergen onder NJ 2000, 431.

<sup>2</sup> HR 12 februari 1999, JAR 1999/102.

zullen de vier onderscheiden functies één voor één aan de orde komen, zodat kan worden beoordeeld of deze ook daadwerkelijk worden waargemaakt.

### **7.2.1            Scheppen van duidelijkheid**

In paragraaf 2.6.1 is uiteengezet dat H. Drion, oud vice-president van de Hoge Raad, in een interview (in 1984) heeft opgemerkt dat de Hoge Raad met het formuleren van gezichtspuntencatalogi beoogt duidelijkheid te verstrekken ten aanzien van de vraag welke feiten en omstandigheden van belang zijn of kunnen zijn. Daarbij heeft de Hoge Raad met name die factoren op het oog die niet zo evident zijn en waarvan de Hoge Raad denkt dat die in de rechtspraktijk gemakkelijk over het hoofd kunnen worden gezien.

Drion gaf ook aan dat het soms niet mogelijk is om een harde of algemene regel te formuleren, bijvoorbeeld omdat de materie nog te weinig uitgekristalliseerd is of omdat niet te overzien is welke gevolgen een harde regel zal hebben. Wanneer we het hebben over het scheppen van duidelijkheid, is het zonneklaar dat een algemene regel daarvoor het meest geschikt is. Dat geldt in het bijzonder voor een zogenoemde harde subregel, die, zo is in paragraaf 2.2.2 uiteengezet, voor een bepaald gevaltype een uitzonderingsloze regel geeft. Dat wil zeggen dat de geformuleerde regel niet opzij kan worden gezet, indien de rechter meent dat de omstandigheden van het desbetreffende geval daar aanleiding toe geven. Ook vuistregels bieden de nodige duidelijkheid, aangezien daarmee een hoofdregel wordt geformuleerd en daarop slechts in uitzonderlijke gevallen een uitzondering kan worden aangenomen. In dat geval zijn dus wel uitzonderingen mogelijk op de door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel.<sup>3</sup>

Harde subregels en vuistregels bieden de praktijk veel duidelijkheid voor wat betreft de toe te passen norm, alsmede voor wat betreft de uitkomst van de procedure, waarover hieronder meer in paragraaf 7.2.2. Daar staat tegenover dat harde subregels geen ruimte laten voor een op het specifieke geval toegesneden oordeel. De rechtszekerheid en hanteerbaarheid die harde subregels met zich brengen staan soms dan ook op gespannen voet met het streven om in de voorliggende zaak een rechtvaardig oordeel te geven. Verheij schreef hierover in zijn recente preadvies voor de NJV, dat het eeuwige debat tussen rechtszekerheid en hanteerbaarheid enerzijds en billijkheid anderzijds nooit zal worden beslist. Het zijn, zo schreef Verheij, allebei aspecten van rechtvaardigheid en in zoverre vormen ze twee kanten van dezelfde medaille.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Zie daarover Quist 2011, p. 101, alsmede mijn noot onder HR 12 juli 2013, JIN 2013/128.

<sup>4</sup> Verheij 2013, p. 119.

In sommige zaken kan de Hoge Raad weinig anders dan overwegen dat de lagere rechter alle omstandigheden van het geval in zijn beoordeling moet betrekken. Dat is bijvoorbeeld het geval in zaken waarin het bijvoorbeeld simpelweg (nog) niet mogelijk is om een algemene(re) norm te formuleren. De enkele aanwijzing dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, is echter zo ruim en vaag dat daar zo goed als geen duidelijkheid door wordt gegeven. Inderdaad kan (iets) meer duidelijkheid worden gecreëerd door aan de ‘omstandigheden van het geval-formule’ één of meer gezichtspunten te koppelen. Daarmee wordt, zoals beoogd, aangegeven dat die factoren relevant zijn of kunnen zijn.

Of de rechter ook gehouden is de genoemde gezichtspunten daadwerkelijk in zijn beoordeling te betrekken heeft in de eerste plaats te maken met de door de Hoge Raad gekozen bewoordingen.<sup>5</sup> Daaruit kan namelijk blijken dat de Hoge Raad aan één of meer gezichtspunten uit de catalogus een imperatief karakter heeft willen meegeven. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de volledige catalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde<sup>6</sup> en het eerste gezichtspunt uit het arrest Schrijver/Van Essen, dat gaat over de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden voor ontslag op staande voet aanmerkt.<sup>7</sup>

In theorie zouden deze imperatieve gezichtspunten in zoverre duidelijkheid moeten bieden dat ze ook steeds door de rechter in zijn beoordeling worden betrokken. De praktijk laat echter een ander beeld zien. Dat geldt niet voor het imperatieve gezichtspunt uit Schrijver/Van Essen. Immers, het is niet mogelijk dat de rechter antwoord geeft op de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, zonder dat hij daarbij ingaat op de (aard en ernst van de) door de werkgever gestelde dringende reden.<sup>8</sup> In de lagere rechtspraak, waarin een inhoudelijke beoordeling van de dringende reden is gemaakt, werd dan ook zonder uitzondering op dit gezichtspunt ingegaan.<sup>9</sup> Dat is anders voor wat betreft de toepassing van de uit het arrest Van Hese/De Schelde afkomstige catalogus met relevante factoren. Uit dit arrest vloeit voort dat alle zeven genoemde gezichtspunten door de rechter in beschouwing moeten worden genomen. In de meeste uitspraken wordt dit imperatieve karakter van de catalogus ook onderkend. In 41 van de 58 in dit verband onderzochte uitspraken werd op alle gezichtspunten ingegaan. Dat houdt tegelijkertijd ook in dat in 17 van de zaken (hetgeen overeenkomt met bijna 30% van het totaal) niet

---

<sup>5</sup> Vgl. paragraaf 2.4.4.

<sup>6</sup> Paragraaf 5.3.1.

<sup>7</sup> Zie paragraaf 6.3.2.

<sup>8</sup> Zie ook Sagel 2013, p. 272.

<sup>9</sup> Vgl. paragraaf 6.3.2.

daadwerkelijk aan alle zeven factoren aandacht is besteed. Dat betekent dat de duidelijkheid die deze catalogus moet bieden voor wat betreft het aanwijzen van relevante factoren niet of niet geheel wordt gerealiseerd.

Zoals Drion aangaf kunnen gezichtspuntencatalogi worden gezien als een overzicht van mogelijk relevante factoren die men niet over het hoofd moet zien. Dat wil niet steeds en in alle gevallen zeggen dat die gezichtspunten ook relevantie hebben voor de door de rechter te beoordelen zaak. Zeker wanneer het gaat om niet-imperatief voorgeschreven gezichtspunten, is niet uitgesloten dat één of meer factoren niet in de beoordeling worden betrokken, bijvoorbeeld omdat die geen relevantie hebben voor de desbetreffende zaak. Dat is in ieder geval aan de orde indien sprake is van een zogenoemd voorwaardelijk gezichtspunt en niet aan de gestelde voorwaarde(n) is voldaan.<sup>10</sup> Maar ook bij ‘onvoorwaardelijke’ gezichtspunten is de relevantie voor de te beoordelen zaak niet steeds gegeven.

Los van de vraag of een bepaald gezichtspunt voor een bepaalde zaak van belang is, is in de literatuur naar voren gebracht dat soms onduidelijk is waarom de Hoge Raad voor bepaalde gezichtspunten heeft gekozen. De relevantie van het gezichtspunt wordt dan in haar algemeenheid ter discussie gesteld. Dat is bijvoorbeeld, zo is in paragraaf 2.7.2.5 uiteengezet, het geval bij de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7:611 BW, in het bijzonder de uit dat artikel voortvloeiende verplichting van de werkgever om een ‘behoorlijke verzekering’ af te sluiten die dekking biedt tegen voor door de werknemer tijdens de werkzaamheden met een motorvoertuig opgelopen schade. In de zogenoemde ‘februari-arresten’<sup>11</sup> overwoog de Hoge Raad dat bij de beoordeling of de werkgever voor een dergelijke verzekering had moeten zorgen, mede afhankelijk is van de vraag of de premie voor die verzekering in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd. Kruit en Trouwborst hebben erop gewezen dat de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer daarmee afhankelijk wordt gemaakt van de draagkracht van de werkgever, hetgeen de Hoge Raad niet bedoeld kan hebben.<sup>12</sup>

Andere aspecten die van invloed kunnen zijn op het antwoord op de vraag welke gezichtspunten in het oordeel van de rechter kunnen worden betrokken, zijn in hoofdstuk 4 aan de orde geweest. Ik wijs in dit verband allereerst op de regel

---

<sup>10</sup> Ik verwijs in dit verband naar paragraaf 2.4.5.3.

<sup>11</sup> HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 en JAR 2008/57, waarover nader paragraaf 3.2.3.11.

<sup>12</sup> Kruit & Trouwborst 2009, p. 58.

die, kort gezegd, inhoudt dat de rechter niet de feiten en feitelijke grondslag mag aanvullen. Dat betekent dat partijen die wensen dat de rechter bepaalde gezichtspunten in de beoordeling van hun zaak betreft, die gezichtspunten naar voren moeten brengen en deze aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval ook handen en voeten moeten geven. Ik wijs in dit verband op paragraaf 4.3.

Wel is het zo dat de rechter steeds actiever op zoek gaat naar de voor de beoordeling van de zaak relevante feiten en omstandigheden. De rechter zal immers een rechtvaardige beslissing moeten nemen en hij dient dan wel te beschikken over de ‘ingrediënten’ die dat mogelijk maken. Zo zal de rechter bijvoorbeeld tijdens een (inlichtingen)comparitie vragen aan partijen kunnen stellen met betrekking tot voor de beoordeling relevante factoren. Ook zal de rechter (één van de) partijen op grond van art. 22 Rv kunnen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of op de zaak betrekking hebbende stukken over te leggen.

Het voorgaande houdt in dat het van de partijen én de rechter afhankelijk is welke gezichtspunten uiteindelijk in de te maken beoordeling kunnen worden betrokken. Dat betekent dat de Hoge Raad wel kan aangeven welke factoren volgens hem van belang zijn, maar dat de vraag of die gezichtspunten ook daadwerkelijk in de beoordeling (kunnen) worden betrokken toch in de (lagere) rechtspraak zal moeten worden beantwoord.

De wel gehoorde (positieve) reactie dat gezichtspunten ertoe leiden dat in de desbetreffende zaken wordt uitgegaan van hetzelfde criterium<sup>13</sup> deel ik niet volledig. In theorie leiden gezichtspuntencatalogi wellicht tot eenheid van rechtsgronden, maar blijkens de (lagere) rechtspraak is daarvan in de praktijk geen sprake. Ik wijs ook in dit verband op de wijze waarop in de lagere rechtspraak wordt omgegaan met de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Schrijver/Van Essen. In paragraaf 6.3.1 kwam aan de orde dat in slechts 14 van de 331 onderzochte uitspraken op alle vijf de uit het arrest voortvloeiende gezichtspunten is ingegaan. In 25 zaken kwamen vier gezichtspunten aan bod, terwijl in 57 zaken drie uit Schrijver/Van Essen afkomstige factoren in de beoordeling zijn betrokken. Ik heb 51 uitspraken geteld waarin een tweetal gezichtspunten uit dit arrest aan de orde is en in 145 uitspraken is ingegaan op slechts één van de door de Hoge Raad genoemde factoren. Er zijn bovendien ook zaken waarin door de lagere rechter in het geheel niet werd ingegaan op uit Schrijver/Van Essen afkomstige gezichtspunten, onder andere doordat de zaak

---

<sup>13</sup> Zie daarvoor paragraaf 2.7.1.2.

uitsluitend op basis van overige gezichtspunten werd afgedaan. Hierboven kwam reeds aan de orde dat in de lagere rechtspraak ook niet steeds alle uit Van Hese/De Schelde afkomstige gezichtspunten met zoveel woorden in de beoordeling zijn betrokken. Er zijn zelfs enkele voorbeelden van uitspraken waarin slechts één van de gezichtspunten doorslaggevend werd geacht, zonder dat ook op de andere factoren is ingegaan.<sup>14</sup> Dat betekent dat zowel bij een imperatieve als een niet (volledig) imperatieve catalogus niet steeds alle door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten in de beoordeling worden betrokken.

Op voorhand is dus lastig in te schatten hoeveel en welke gezichtspunten de rechter van belang zal achten en of hij aan één of meer factoren wellicht doorslaggevende betekenis zal toekennen, zonder dat op de andere gezichtspunten wordt ingegaan. Pas indien partijen alle relevante gezichtspunten stevast en voldoende onderbouwd naar voren brengen, zal de rechter ook iets met die factoren moeten. Eerst dan kan er sprake van zijn dat steeds van dezelfde criteria uitgegaan moet worden.

Maar zelfs als op enig moment de genoemde eenheid van rechtsgronden bereikt zou kunnen worden, wil dat nog niet zeggen dat tegelijkertijd ook sprake is van eenheid van uitkomsten. Taekema c.s. schreef in dit verband:

‘Ten aanzien van rechtseenheid dient te worden onderscheiden tussen de eenheid van de gronden waarop wordt geoordeeld en de eenheid van resultaten van beoordeling. In de rechtsvinding dient de eenheid van gronden te worden gerealiseerd, wil men niet in rechterlijke willekeur vervallen. Wanneer niet op grond van (dezelfde) criteria wordt geoordeeld, dan vervalt men in arbitraire beslissingen, zoveel is wel duidelijk. Daarmee is echter niet gezegd dat de oordeelsvorming dan steeds dezelfde resultaten oplevert. Geen casus is gelijk en daarom zullen – ook bij hantering van uniforme criteria – in de uitkomsten grote verschillen optreden.’<sup>15</sup>

Ten aanzien van de Kelderluik-factoren<sup>16</sup> schreef Verheij in gelijke zin. Hij wees erop dat de waardering van bepaalde activiteiten per persoon verschilt. De Kelderluik-factoren garanderen, zo vervolgde Verheij, dus geenszins dat gelijke gevallen ook gelijk worden behandeld.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Dat was bijvoorbeeld het geval bij gezichtspunt e (paragraaf 5.3.6) en gezichtspunt g (paragraaf 5.3.8).

<sup>15</sup> Taekema, Gaakeer & Loth 2011, p. 26.

<sup>16</sup> Zie daarover paragraaf 2.2.2.

<sup>17</sup> Verheij 2005, p. 48.

Resumerend, het is juist dat gezichtspuntencatalogi een zekere mate van duidelijkheid scheppen voor wat betreft het antwoord op de vraag welke factoren van belang (kunnen) zijn. Of die factoren door de lagere rechter ook daadwerkelijk in de beoordeling kunnen worden betrokken zal in de eerste plaats afhangen van hetgeen partijen aan hun vordering/verzoek respectievelijk verweer ten grondslag leggen. Daarnaast heeft de rechter veelal wel de mogelijkheid om – bijvoorbeeld tijdens een comparitie van partijen – inlichtingen in te winnen met betrekking tot door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten. Of dit daadwerkelijk gebeurt zal afhangen van de rechter die over de zaak moet oordelen. Uit de onderzochte rechtspraak blijkt dat in lang niet alle gevallen steeds alle door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten in ogenschouw worden genomen, ook niet waar het gaat om de volledig imperatieve lijst uit Van Hese/De Schelde. Het is niet uit te sluiten dat ook het feit dat soms niet duidelijk is waarom de Hoge Raad voor bepaalde gezichtspunten heeft gekozen, hier debet aan is.

Voor zover gezichtspunten al duidelijkheid verstrekken, ziet die duidelijkheid uitsluitend op de factoren waarop mogelijk acht kan worden geslagen, maar niet op de wijze waarop die factoren moeten worden toegepast, laat staan op de mogelijke uitkomst van de procedure. Op deze aspecten zal ik in de volgende paragraaf nader ingaan.

### **7.2.2 Vergroten van voorspelbaarheid**

In paragraaf 2.6.2 is verslag gedaan van het uit 2004 daterende voorstel van Akkermans om een gezichtspuntencatalogus te formuleren in het kader van de vraag of een (voorlopig) deskundigenbericht moet worden gelast.<sup>18</sup> In dat verband heeft Akkermans naar voren gebracht dat een gezichtspuntencatalogus de feitenrechter behulpzaam zou kunnen zijn en zijn beslissing meer voorspelbaar kan maken.<sup>19</sup> In paragraaf 2.6.2 merkte ik op dat Akkermans niet heeft beschreven hoe en in welke mate een gezichtspuntencatalogus aan de voorspelbaarheid van de beslissing kan bijdragen. Meer recent heeft ook Sagel erop gewezen dat van gezichtspuntencatalogi, als het goed is, een normerende en uniformerende werking uitgaat die bijdraagt aan de rechtszekerheid en rechtseenheid. Partijen en de lagere rechter weten daardoor in hogere mate wat moet worden gewogen, hetgeen bijdraagt aan de voorspelbaarheid van de uitkomst.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Vgl. Akkermans 2004, p. 91 e.v.

<sup>19</sup> Idem, p. 94.

<sup>20</sup> Sagel 2013, p. 362.

Naar mijn oordeel kan in zijn algemeenheid worden gesteld dat de mate waarin gezichtspuntencatalogi bijdragen aan meer voorspelbare uitkomsten van juridische procedures zeker niet moet worden overschat. Veel van de in paragraaf 2.7.2 genoemde kritiek op het hanteren van gezichtspuntencatalogi heeft betrekking op dit aspect, zoals ook hieronder aan de orde komt.

Het is onmiskenbaar juist dat een catalogus met gezichtspunten de uitkomst van een procedure meer voorspelbaar maakt dan in het geval uitsluitend is voorgeschreven dat de beoordeling door de lagere rechter moet gebeuren aan de hand van alle omstandigheden van het geval. In die situatie is op voorhand namelijk in het geheel niet duidelijk welke factoren mogelijk van belang zullen zijn en is voor partijen dus ook lastig in te schatten welke feiten en omstandigheden zij het beste naar voren kunnen brengen.

Dat ligt iets anders bij de toepassing van gezichtspuntencatalogi, aangezien daarmee, zo bleek hierboven, wél wordt aangegeven welke factoren van belang zijn of kunnen zijn. Partijen kunnen aan de genoemde gezichtspunten argumenten ontlelen om die factoren op een bepaalde wijze in te kleuren en deze aan de rechter voor te houden. Gezichtspunten kunnen op deze manier dus fungeren als een richtingaanwijzer voor partijen. Ook de rechter kan, bijvoorbeeld tijdens een comparitie, de toepasselijke gezichtspuntencatalogus gebruiken als richtsnoer voor het ‘achterhalen’ van de voor de door hem te maken beoordeling relevante feiten en omstandigheden. Op deze wijze wordt iets beter voorspelbaar welke factoren uiteindelijk een rol kunnen spelen bij de door de rechter te nemen beslissing. Naar mijn oordeel houdt het hier in de meeste gevallen wel op met de wijze waarop gezichtspunten kunnen bijdragen aan meer voorspelbaarheid ten aanzien van het oordeel van de rechter. Voor het overige zijn gezichtspuntencatalogi in de regel namelijk weinig directief. Daarvoor zijn diverse oorzaken aan te wijzen.

Ik wijs in de eerste plaats op het gegeven dat – hoewel de theorie wellicht anders luidt, waarover in de vorige paragraaf – in de praktijk niet steeds van dezelfde maatstaf wordt uitgegaan. Zelfs bij de volledig imperatieve catalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde zagen we dat de rechter niet steeds ook daadwerkelijk alle gezichtspunten toepast. Soms zijn dat er maar een paar en in enkele zaken werd de beslissing genomen op basis van slechts één gezichtspunt. Bovendien zal het in sterke mate afhangen van wat partijen in de procedure hebben gesteld ter onderbouwing van hun eis/verzoek respectievelijk verweer. Aangezien het de rechter, zo kwam in paragraaf 4.3 aan de orde, kort gezegd niet is toegestaan de feiten of de feitelijke grondslag aan te vullen, hebben



---

partijen het in belangrijke mate (zelf) in de hand welke factoren de rechter in zijn beoordeling kan betrekken. Ook wanneer de rechter, ten aanzien van bepaalde gezichtspunten, vragen aan (één van de) partijen stelt en of wanneer ex art. 22 Rv wordt bevolen bepaalde stellingen toe te lichten, zal moeten worden afgewacht met wat partijen komen. Zoals ook in paragraaf 7.2.1 uiteen is gezet, is een gezichtspuntencatalogus dus geen garantie dat de rechter in vergelijkbare gevallen ook steeds van dezelfde maatstaf uitgaat.

De tweede oorzaak die kan worden aangewezen voor het beperkte directieve karakter van gezichtspuntencatalogi is erin gelegen dat dikwijls onduidelijk is hoe de diverse gezichtspunten geïnterpreteerd en gewogen moeten worden. Dat zijn twee afzonderlijke aspecten.

Allereerst is niet steeds duidelijk hoe de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten moeten worden geïnterpreteerd. Immers, waarom een bepaalde factor door de Hoge Raad in de catalogus is opgenomen blijft onvermeld in zijn arresten, hetgeen ertoe kan leiden dat – ook nadat een bepaald gezichtspunt is ingekleurd aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van de desbetreffende zaak – de vraag voor welke partij de desbetreffende factor spreekt onbeantwoord blijft.

Dat geldt zeker niet voor alle gezichtspunten. Indien, in een mesotheliomzaak, bijvoorbeeld wordt vastgesteld dat de aansprakelijk gestelde partij geen enkel verwijt kan worden gemaakt van de schadeveroorzakende gebeurtenis, dan is zonneklaar dat dit gezichtspunt werkt in het voordeel van die partij. Het tegenovergestelde is aan de orde indien die partij wel een ernstig verwijt kan worden gemaakt; die omstandigheid pleit dan voor doorbreking van de verjaringstermijn.

Dat ligt anders bij bijvoorbeeld het derde gezichtspunt uit het arrest Schrijver/Van Essen, dat ziet op de duur van het dienstverband. Ook wanneer concreet invulling is gegeven aan deze factor, wordt niet steeds duidelijk hoe het gezichtspunt moet worden geïnterpreteerd, hoe dat aan de door de rechter te nemen beslissing moet bijdragen. Indien zou worden vastgesteld dat het dienstverband 25 jaar heeft geduurd, kan dat bijdragen aan het oordeel dat de werknemer met een dergelijke staat van dienst niet ‘zomaar’ op straat mag worden gezet en dus de nodige bescherming verdient. Anderzijds zou (afhankelijk ook van het aan de werknemer gemaakte verwijt) kunnen worden betoogd dat een werknemer die al zolang in dienst is beter had moeten weten en dat juist hij van het reilen en zeilen binnen de onderneming van de werkgever op

de hoogte had moeten zijn en daarnaar had moeten handelen.<sup>21</sup> De duur van het dienstverband zegt, ook al is daaraan een concrete invulling gegeven, dus nog niet in alle gevallen onmiddellijk iets over de richting die deze factor op wijst.

Ook gezichtspunten als ‘de mate waarin ...’ of de ‘aard van ...’ zijn factoren met een beperkt richtinggevend karakter.<sup>22</sup> Deze gezichtspunten dienen namelijk eerst te worden ingekleurd aan de hand van de feiten en omstandigheden van de zaak, waarna het omslagpunt zal moeten worden bepaald. Wanneer is ‘de mate waarin ...’ of ‘de aard van ...’ dusdanig dat die factor niet meer spreekt in het voordeel van de ene, maar in het voordeel van de andere partij? Waar de rechter in een concreet geval ‘omgaat’ laat zich lastig voorspellen.

Een ander aspect betreft de weging van de verschillende gezichtspunten. In de meeste arresten van de Hoge Raad waarin een gezichtspuntencatalogus aan de orde is, wordt niet uitdrukkelijk ingegaan op het onderlinge gewicht van de verschillende factoren die deel uitmaken van de catalogus. Dat leidt ertoe dat, ook al is duidelijk hoe de verschillende gezichtspunten moeten worden ingekleurd en zelfs wanneer duidelijk is in het voordeel van welke partij die factoren spreken, de rechter er niet aan zal ontkomen een oordeel te vellen waarin alle relevante factoren worden betrokken. Die factoren dienen tegen elkaar te worden afgewogen. Wanneer onduidelijk is hoe de verschillende gezichtspunten zich tot elkaar verhouden of anders gezegd, welk gewicht zij in de schaal leggen, is de uitkomst van de te maken afweging ongewis.

In sommige zaken heeft de Hoge Raad wel iets laten doorschemeren over het (onderlinge) gewicht dat aan de diverse gezichtspunten moet worden toegekend. Dat lijkt mij allereerst het geval te zijn bij gezichtspuntencatalogi met een gedeeltelijk imperatief karakter, zoals bijvoorbeeld aan de orde in het arrest Schrijver/Van Essen. In dat arrest heeft de Hoge Raad vooropgesteld dat in ieder geval de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt in de beoordeling *moet* worden betrokken. Uit het imperatieve karakter van dit gezichtspunt kan worden afgeleid dat deze factor zonder meer van belang is en daaruit volgt naar mijn oordeel dat het in beginsel zwaarder weegt dan niet verplicht voorgeschreven factoren en overige gezichtspunten. Een wet van Meden en Perzen is dat echter niet.

Iets anders is dat de Hoge Raad in een uitzonderlijk geval wél is ingegaan op de onderlinge verhouding tussen de door hem geformuleerde

---

<sup>21</sup> Zie hierover ook paragraaf 6.3.3.

<sup>22</sup> Zie ook Wolters 2013, p. 218, alsmede paragraaf 7.3.1.

gezichtspunten, zoals bijvoorbeeld in het arrest van 17 december 2010, dat gaat over de dijkdoorbraak bij Wilnis.<sup>23</sup> De Hoge Raad overwoog (in r.o. 4.4.5) onder meer:

‘De hierboven genoemde factoren kunnen in voorkomend geval in uiteenlopende richting wijzen, maar daarbij verdient aantekening dat de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de kade zwaarwegende factoren zijn die kunnen meebrengen dat daartegenover aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt (...).’

Een dergelijke overweging geeft al iets meer richting aan de te maken afweging dan wanneer over het onderlinge gewicht van de relevante gezichtspunten in het geheel geen duidelijkheid bestaat.

De veelvuldig geconstateerde onvoorspelbaarheid wordt voorts veroorzaakt doordat bij toepassing van gezichtspuntencatalogi niet duidelijk is waar nu precies het omslagpunt ligt. Wanneer is vastgesteld welke factoren door de rechter in de beoordeling worden betrokken, staat nog niet vast wanneer toepassing van die factoren in het voordeel van de ene dan wel in het voordeel van de andere partij zal uitpakken. Is dat indien meer dan de helft van de gezichtspunten uit een bepaalde catalogus voor de ene partij c.q. de andere partij spreekt of moeten alle factoren in de richting van één partij wijzen? Dit alles is niet aan de orde. Het gaat steeds om een door de rechter te maken afweging, waarbij de uiteindelijke uitkomst in grote mate zal worden beïnvloed door het onderlinge gewicht van de relevante factoren. Dat de meeste gezichtspunten in het voordeel van partij A spreken, staat er niet aan in de weg dat de rechter aan een ander gezichtspunt of andere gezichtspunten zoveel gewicht toekent dat de zaak toch in het voordeel van partij B wordt beslecht.

Dat het onderlinge gewicht tussen de relevante factoren op voorhand lastig is in te schatten, zoals hierboven uiteen werd gezet, maakt het eigenlijk onmogelijk om een goede, nauwkeurige voorspelling te doen ten aanzien van het antwoord op de vraag waar de rechter in de door hem te beoordelen zaak het omslagpunt zal aanbrengen. Dat probleem wordt bovendien (nog) groter wanneer er meerdere factoren in beschouwing moeten worden genomen. Korthals Altes en Groen hebben er in dit verband op gewezen dat, indien men de gegeven feiten aan de hand van meer dan één gezichtspunt moet beoordelen, men tegelijkertijd meerdere schalen moet hanteren en het resultaat daarvan moet

---

<sup>23</sup> NJ 2012, 155, m.nt. T. Hartlief. Zie ook het slot van paragraaf 2.7.2.1.

combineren.<sup>24</sup> Het lastige bij toepassing van gezichtspunten is evenwel dat veelal sprake is van incommensurabiliteit.<sup>25</sup> Dat betekent dat de verschillende gezichtspunten niet langs dezelfde meetlat kunnen worden gelegd, zodat kan worden beoordeeld welke factor zwaarder weegt. Het gaat juist om factoren met een eigen karakter en een eigen invulling, die in zoverre dus ook lastig tegen elkaar zijn af te wegen.<sup>26</sup> Het gaat doorgaans om de spreekwoordelijke appels en peren. In zijn algemeenheid kan dan ook niet worden aangegeven wanneer de afweging tot de ene dan wel wanneer deze tot de andere (tegenovergestelde) uitkomst zal leiden.

In paragraaf 2.7.2.2 is in dit kader gewezen op de toepassing van de Kelderluik-factoren.<sup>27</sup> Te dien aanzien heeft Van Boom naar voren gebracht dat de Kelderluik-rechtspraak wel een aantal aansprekende factoren biedt, maar dat nauwelijks inzicht wordt gegeven in de plaats en relatieve zwaarte daarvan, zodat ook niet duidelijk is waar het omslagpunt ligt tussen aanvaardbare veiligheidsafwegingen en onaanvaardbare onveiligheid.<sup>28</sup>

Ook de in de hoofdstukken 5 en 6 onderzochte rechtspraak leidt tot de conclusie dat op voorhand in de regel lastig is in te schatten waar de rechter nu precies het omslagpunt zal leggen. Het gaat in deze zaken om zeven respectievelijk vijf door de Hoge Raad genoemde gezichtspunten, waarbij het bovendien mogelijk is dat de rechter ook niet in de catalogus opgenomen factoren in de beoordeling betreft, hetgeen zeker in ontslag op staande voet-zaken veelvuldig voorkomt.<sup>29</sup> Al die verschillende gezichtspunten moeten aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden worden ingekleurd, waarna zij in het voordeel van een bepaalde partij kunnen wijzen. Op voorhand is niet in alle gevallen duidelijk in het voordeel van welke partij de rechter een bepaald gezichtspunt zal uitleggen. Vervolgens zullen de diverse relevante factoren ook nog moeten worden gecombineerd, door ze tegen elkaar af te wegen. Pas dan komt de rechter tot een (uiteindelijke) beslissing aan de hand van de toepasselijke gezichtspuntencatalogus. Omdat onduidelijkheid bestaat over de verschillende door de rechter te zetten stappen, bestaat ook onduidelijkheid met betrekking tot de uitkomst van de procedure.

---

<sup>24</sup> Zie Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 102.

<sup>25</sup> Zie hierover Den Houdijker 2007, p. 174.

<sup>26</sup> In dit verband schreef ook Wolters, dat de afweging van *verschillende soorten belangen* het antwoord op de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag in de zin van art. 7:678 lid 1 BW beïnvloedt. Wolters 2013, p. 286.

<sup>27</sup> Zie daarover ook paragraaf 2.2.2.

<sup>28</sup> Van Boom 2003, p. 5.

<sup>29</sup> Zo blijkt uit paragraaf 6.3.7.

Hierop is zowel in positieve als in negatieve gereageerd. Wanneer het positieve van de toepassing van gezichtspuntencatalogi wordt benadrukt, moet worden opgemerkt dat ze flexibiliteit bieden.<sup>30</sup> Die flexibiliteit zit niet alleen in de voor de beslissing aan te wenden factoren,<sup>31</sup> maar ook in het gewicht dat de rechter aan de diverse gezichtspunten kan toekennen.<sup>32</sup>

Daar tegenover is wel gesteld dat met gezichtspunten eigenlijk ieder resultaat kan worden bereikt. Dat is op zichzelf juist. Aan de hand van de gezichtspunten is het goed mogelijk om de ene partij in het gelijk te stellen, maar wanneer de gezichtspunten anders worden ingekleurd en/of anders worden gewogen, is het zeer wel mogelijk dat met precies dezelfde gezichtspunten tot het tegenovergestelde oordeel wordt gekomen. Dat laat zich goed illustreren door de zaken waarin diverse instanties tot een verschillende beoordeling kwamen. Daarvan was bijvoorbeeld sprake in de (ontslag op staande voet-)zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2012.<sup>33</sup> In die kwestie kwamen de kantonrechter en de A-G tot de conclusie dat *geen* sprake was van een dringende reden, terwijl het hof *wel* een dringende reden aannam en het arrest van het hof door de Hoge Raad in stand werd gelaten.<sup>34</sup>

Een andere oorzaak die bijdraagt aan de geringe voorspelbaarheid van de uitkomst van zaken die aan de hand van een gezichtspuntencatalogus worden afgedaan betreft het – ook wel in de literatuur gehoorde – punt dat gezichtspuntencatalogi soms tot een beperkte toetsing leiden. Deze, onder andere door Smeehuijzen, geuite kritiek ziet voornamelijk op de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde. De beperkte toetsing bestaat er dan uit dat de rechter de lijst met relevante omstandigheden afloopt en aan de hand daarvan tot een oordeel komt, terwijl gezichtspuntencatalogi nimmer limitatief zijn en er dus ook andere mogelijk relevante factoren zijn, die zelfs een ander licht op de zaak kunnen werpen.<sup>35</sup>

Voor zover het gaat om de toepassing van de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde deel ik de kritiek van Smeehuijzen. Immers, uit de in hoofdstuk 5 weergegeven rechtspraak kwam naar voren dat de lagere rechter in de meeste van de onderzochte uitspraken alle in de catalogus

---

<sup>30</sup> Zie hierover ook paragraaf 2.7.1.3.

<sup>31</sup> Vgl. Smits 2006, p. 138.

<sup>32</sup> Zie daarover Van Dijck 2006, p. 6.

<sup>33</sup> JAR 2012/135.

<sup>34</sup> Zie hierover Van der Voet in haar annotatie onder het arrest, alsmede Duk, die heeft gewezen op de opmerkelijke discrepantie tussen de conclusie en het arrest. Duk 2013, p. 26.

<sup>35</sup> Vgl. Smeehuijzen 2006, p. 62.

genoemde factoren in zijn beoordeling heeft betrokken.<sup>36</sup> Dat de toetsing in de meeste zaken niet verder gaat dan de door de Hoge Raad uitdrukkelijk genoemde factoren, kwam aan de orde in paragraaf 5.3.9, waarin is ingegaan op de zogenoemde overige gezichtspunten. In 15 van de 58 zaken (dat is ruim 25%) is aandacht besteed aan niet uit Van Hese/De Schelde afkomstige gezichtspunten. Het aantal verschillende overige gezichtspunten is beperkt.

Dat ligt anders bij de toepassing van de catalogus uit het arrest Schrijver/Van Essen. In de onderzochte ontslag op staande voet-rechtspraak werd in niet minder dan 68,6% van de uitspraken ingegaan op één of meer niet door de Hoge Raad genoemde factoren. Daar komt bij dat het aantal overige gezichtspunten vele malen groter is dan bij de toepassing van de catalogus uit Van Hese/De Schelde.<sup>37</sup> De conclusie moet dan wellicht<sup>38</sup> luiden dat een volledig imperatieve catalogus voor partijen een rem zet op het aanvoeren van andere mogelijk relevante factoren, terwijl de rechter daardoor wordt 'uitgenodigd' zich te beperken tot de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten. De keerzijde is dat wanneer ook overige gezichtspunten in de beoordeling worden betrokken – terwijl niet op voorhand duidelijk is dat en zo ja, hoe dat gaat gebeuren – het alleen maar nóg lastiger wordt om een goede voorspelling te doen van de uitkomst van een (mogelijke) procedure.

Een zeer belangrijk aspect betreft voorts de motiveringen van op gezichtspuntencatalogi gebaseerde beslissingen, waarop in de literatuur de nodige kritiek is geuit, onder andere door Smits, Smeehuijzen, C.E. Drion, Nieuwenhuis, Barendrecht en Duk, zo kwam in paragraaf 2.7.2.7 aan de orde. De door deze auteurs geuite kritiek ziet erop dat veelal wel helder is welke gezichtspunten door de rechter in zijn beoordeling zijn betrokken, maar dat vaak onduidelijk blijft hoe de rechter die factoren tegen elkaar heeft afgewogen. Waarom het ene gezichtspunt zwaarder weegt dan een andere factor of andere factoren, blijft dan onzichtbaar. Dit terwijl aan rechterlijke uitspraken nu juist de eis wordt gesteld dat de rechter, kort gezegd, voldoende inzicht moet geven in zijn gedachtegang.<sup>39</sup> Zoals geciteerd in paragraaf 2.7.2.7 schreef Smits dat van de rechter die belangen afweegt, mag worden verwacht dat hij aangeeft *welke* hij

---

<sup>36</sup> Het gaat om 41 van de 58 zaken, zoals is vermeld in paragraaf 5.3.1.

<sup>37</sup> Zoals blijkt uit de bespreking van de diverse overige gezichtspunten in paragraaf 6.3.7.

<sup>38</sup> Ik schrijf bewust 'wellicht', aangezien er geen vergelijkingsmateriaal is, nu Van Hese/De Schelde het enige arrest is waarin de Hoge Raad een geheel imperatieve catalogus van gezichtspunten heeft geformuleerd.

<sup>39</sup> Waarover in paragraaf 4.5.

precies weegt en *hoe* hij dat doet.<sup>40</sup> Dat is volgens Smits de prijs die moet worden betaald voor de grote vrijheid die de rechter heeft bij het toepassen van een gezichtspuntencatalogus.

Blijkens de onderzochte lagere rechtspraak gebeurt het bijna nooit dat de rechter in de motivering van zijn beslissing uitdrukkelijk ingaat op het gewicht dat hij aan de diverse relevante factoren heeft toegekend teneinde inzicht te bieden in de wijze waarop deze gezichtspunten aan zijn oordeel hebben bijgedragen. In paragraaf 5.5 kwam aan de orde dat de afweging die wordt gemaakt aan de hand van de Van Hese/De Schelde-factoren in de meeste van de onderzochte uitspraken niet of nauwelijks wordt onderbouwd. Het blijft veelal bij de overweging dat ‘gelet op het voorgaande ...’ of ‘alles overziende ...’ het beroep op verjaring wel of juist niet onaanvaardbaar is, waarbij dan wordt verwezen naar de in ogenschouw genomen factoren, maar waarbij de daadwerkelijke afweging daarvan niet wordt toegelicht. In slechts enkele uitspraken is wel uitdrukkelijk ingegaan op de vraag voor welke partij een bepaald gezichtspunt pleit, alsmede in welke mate dat het geval is.

De lagere ontslag op staande voet-rechtspraak laat – wat betreft de motivering van de gemaakte afweging – een nog somberder beeld zien. In de meeste zaken wordt uitsluitend verwezen naar de in de beoordeling betrokken factoren, terwijl slechts in een aantal zaken is aangegeven in het voordeel van welke partij de gezichtspunten wijzen en welk gewicht daaraan wordt toegekend. Veel inzicht in de gemaakte afweging bieden dus ook de ontslag op staande voet-uitspraken niet.<sup>41</sup>

Doordat in vrijwel alle gevallen onvoldoende inzicht wordt gegeven in de gedachtegang van de rechter (de gemaakte afweging), dragen deze uitspraken niet of slechts in zeer geringe mate bij aan de voorspelbaarheid van de uitkomst van toekomstige (vergelijkbare) gevallen.

Resumerend, de bijdrage die gezichtspuntencatalogi (kunnen) leveren aan (het vergroten van) de voorspelbaarheid van de uitkomst van procedures is gering of anders gezegd: het directieve karakter van gezichtspuntencatalogi is beperkt. Dat kent diverse oorzaken. In dit verband is erop gewezen dat in de praktijk niet steeds van dezelfde maatstaf wordt uitgegaan, dat dikwijls onduidelijk is hoe de diverse gezichtspunten geïnterpreteerd moeten worden en welk gewicht aan de verschillende factoren moet worden toegekend, dat onduidelijk is waar de rechter precies het omslagpunt in de te maken afweging zal aanbrengen, dat

---

<sup>40</sup> Vgl. Smits 2006, p. 138.

<sup>41</sup> Zie voor een en ander paragraaf 6.4.

gezichtspuntencatalogi tot een beperkte toetsing kunnen leiden of dat juist niet uitgesloten is dat de rechter aandacht zal besteden aan overige, niet in de catalogus opgenomen, gezichtspunten. Daar komt bij dat in het gros van de zaken zeer weinig tot geen inzicht wordt geboden in de wijze waarop de rechter de verschillende relevante factoren tegen elkaar heeft afgewogen en hoe hij dus (precies) tot zijn oordeel is gekomen.

Ten slotte merk ik op dat het gegeven dat de uitkomst van op gezichtspunten-catalogi gebaseerde uitspraken lastig te voorspellen is, niet alleen van belang is voor partijen die (willen) procederen, maar ook zijn weerslag heeft op het voortraject, bijvoorbeeld tijdens schikkingsonderhandelingen.<sup>42</sup> Ik wijs daarvoor op het *NJB*-artikel van De Hoon. Zij schreef:

“De schaduw van het recht is effectiever wanneer recht en rechtspraak meer voorspelbaar zijn.” Aan het woord is onze (demissionaire) Minister van Justitie, die op 24 februari jl. twee rapporten over geschillen van burgers en het midden- en kleinbedrijf aanbood aan de Tweede Kamer. Concreet betekent deze uitspraak van de minister dat onderhandelende partijen sneller samen tot een oplossing kunnen komen als ze een goed beeld hebben van de factoren die bij een beslissing een rol spelen en de wijze waarop de factoren gewogen worden.<sup>43</sup>

Ook Rood schreef al, zo kwam in paragraaf 2.7.2.9 aan de orde, dat als het recht niet meer voorspelbaar zou zijn, wat bij het ontbreken van eenheid van rechtspraak het gevolg is, de vredeachtende functie ervan beperkt zal worden.

#### **7.2.2.1 Intermezzo: goede voorspelbaarheid bij ontslag op staande voet?**

In de afsluitende paragraaf van hoofdstuk 6 is uiteengezet dat verschillende auteurs van oordeel zijn dat de uitkomst van een ontslag op staande voet-zaak in de regel lastig te voorspellen is.<sup>44</sup> Ik sluit me daarbij aan.<sup>45</sup> In de voorgaande paragraaf zijn de oorzaken van het beperkte directieve karakter van gezichtspuntencatalogi genoemd. Deze gelden ook voor wat betreft de catalogus uit het arrest Schrijver/Van Essen.

---

<sup>42</sup> Vgl. daarover paragraaf 2.7.2.9.

<sup>43</sup> De Hoon 2010, p. 1338.

<sup>44</sup> Paragraaf 6.6, in het bijzonder voetnoot 741.

<sup>45</sup> Zie ook Quist 2007a, p. 46.



In de De Laat-bundel uit 2005 hebben Sagel en Verhulp geschreven dat het wel meevalt met de onzekerheid of een bepaalde gedraging of eigenschap een dringende reden constitueert<sup>46</sup> en dat de kritiek dat de leer van de Hoge Raad uit het arrest Schrijver/Van Essen, dat bij de beoordeling van de dringende reden alle omstandigheden van het geval moeten worden afgewogen, tot rechtsonzekerheid leidt, geen hout snijdt.<sup>47</sup> Daarvoor zijn naar het oordeel van Sagel en Verhulp diverse argumenten aan te voeren, zoals dat in de lagere rechtspraak duidelijke lijnen te ontwaren zijn ten aanzien van het gewicht van de verschillende factoren die volgens de Hoge Raad meespelen bij de beoordeling van de dringende reden.<sup>48</sup>

In zijn proefschrift heeft Sagel de hierboven beschreven lijn doorgezet. Hij heeft betoogd dat het in de meeste gevallen duidelijk is of al dan niet sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet, in welk verband er eveneens op is gewezen dat in de lagere rechtspraak op veel gebieden duidelijke lijnen zijn te ontdekken tussen enerzijds gedragingen of eigenschappen die in beginsel naar hun aard wel als dringende reden kwalificeren en anderzijds gedragingen of eigenschappen die dat, naar hun aard, niet of in mindere mate doen. Tot de eerste categorie behoren diefstal en verduistering in dienstbetrekking, nu bij fraude/diefstal/verduistering – afgezien van zogenoemde bagatel delicten – vrijwel steeds een dringende reden wordt aangenomen. Vrijwel nooit een dringende reden wordt aangenomen bij het misbruik maken van computerfaciliteiten om pornografische websites te bezoeken of bij incidenteel te laat komen. Volgens Sagel valt seksuele intimidatie in de middencategorie, nu dat een ontslaggrond is waar de ene rechter geheel anders tegenaan kijkt dan de andere.<sup>49</sup>

Hetgeen door Sagel is geschetst is niet het beeld dat uit de door mij onderzochte lagere rechtspraak naar voren komt. In de in paragraaf 6.3.2 opgenomen tabel is een 21-tal soorten gedragingen en eigenschappen onderscheiden. Daarbij is steeds vermeld in welke zaken van de desbetreffende categorie wel of geen dringende reden is aangenomen. Hieruit bleek dat in enkele categorieën (inderdaad) een duidelijk beeld naar voren kwam. Zo werd in geval van ongeoorloofde afwezigheid slechts in 14,3% van de zaken een dringende reden aangenomen. Indien sprake was van een ongepaste/verboden (intieme) relatie was dat 80 %. Bij zaken waarin gebruik/misbruik van alcohol of drugs een rol

---

<sup>46</sup> Sagel & Verhulp 2005, p. 88.

<sup>47</sup> Idem, p. 113.

<sup>48</sup> Idem, p. 88 e.v.

<sup>49</sup> Sagel 2013, p. 273-274.

speelde, trok de werknemer in niet minder dan 85,7% van de zaken aan het kortste eind.

Minder duidelijk is de door Sagel genoemde categorie van diefstal/verduistering. Weliswaar werd in 70,6% van de gevallen een dringende reden aangenomen, maar dat betekent dat in drie op de tien zaken geen reden voor ontslag op staande aanwezig werd geacht. Bij fraude en valsheid in geschrift gaat het om 63,2% waarin wel sprake was van een dringende reden, tegenover 36,8% waarin dat niet het geval was.

Er zijn ook categorieën waarin het daadwerkelijk 50/50 is. Ten aanzien van die gedragingen is helemaal lastig een inschatting te maken, omdat daarvan met recht kan worden gezegd 'dat het kan vriezen en kan dooien'. Dat is bijvoorbeeld aan de orde bij het verrichten van concurrerende werkzaamheden, beschadiging van eigendommen van de werkgever, het overtreden van verzuimvoorschriften, het vertonen van agressief gedrag, verzwijging c.q. het verstrekken van onjuiste informatie, misleiding en onjuist declaratiegedrag. Ook de door Sagel genoemde categorie van seksuele intimidatie valt in deze groep.<sup>50</sup> In de helft van de bestudeerde zaken waarin dit aan de orde was werd wel een dringende reden aangenomen, in de andere helft niet. Er zijn dus veel categorieën aan te wijzen waarin uit de lagere rechtspraak bij het eerste gezichtspunt uit Schrijver/Van Essen geen duidelijk beeld naar voren komt.

Ook ten aanzien van de andere gezichtspunten heeft Sagel naar voren gebracht dat daaromtrent in de rechtspraak duidelijke lijnen te ontwaren zijn.<sup>51</sup> Ten aanzien van de duur van het dienstverband en de wijze van dienstvervulling heeft Sagel zich op het standpunt gesteld dat deze factoren tezamen en niet afzonderlijk in de beoordeling moeten worden betrokken, hetgeen in de lagere rechtspraak vaak ook gebeurt doordat in één adem wordt verwezen naar de lengte van het dienstverband en de wijze waarop daaraan invulling is gegeven.<sup>52</sup> Ook uit de door mij onderzochte uitspraken blijkt dat beide gezichtspunten vaak tezamen in ogenschouw worden genomen.<sup>53</sup> Dat is overigens zeker niet in alle zaken het geval.<sup>54</sup> In diverse uitspraken worden deze factoren wel afzonderlijk van elkaar behandeld.

Sagel heeft voorts naar voren gebracht dat de duur van het dienstverband en de wijze waarop daaraan invulling is gegeven, uitsluitend in

---

<sup>50</sup> Idem, p. 274.

<sup>51</sup> Idem, p. 305 e.v.

<sup>52</sup> Idem, p. 312-314.

<sup>53</sup> Paragrafen 6.3.4 en 6.3.5.

<sup>54</sup> Idem.

het voordeel van de werknemer kan meewegen. Het is, volgens Sagel, niet een gezichtspunt dat ertoe kan leiden dat een bepaalde gedraging, die alle overige omstandigheden in aanmerking genomen niet als dringende reden kwalificeert, het dat karakter wel kan geven.<sup>55</sup> De lagere rechtspraak gaat echter niet steeds op deze wijze met de duur van het dienstverband en de wijze waarop daar invulling aan is gegeven om. De wijze waarop invulling aan de dienstbetrekking is gegeven, wordt – wanneer dit gezichtspunt in de beoordeling is betrokken – in vrijwel alle zaken in het voordeel van de werknemer meegewogen.<sup>56</sup> In paragraaf 6.3.4 kwam aan de orde dat de duur van het dienstverband in diverse uitspraken wel ten nadele van de werknemer is uitgelegd, bijvoorbeeld doordat is geoordeeld dat de lengte van het dienstverband een bepaalde verantwoordelijkheid van de werknemer meebrengt.

Hieruit volgt dat in ieder geval ten aanzien van twee van de uit Schrijver/Van Essen voortvloeiende gezichtspunten niet steeds duidelijk is hoe het door de rechter zal worden geïnterpreteerd. Indien het op voorhand lastig te bepalen is in welke richting een bepaald gezichtspunt zal wijzen, leidt dat ertoe dat ook het maken van een goede inschatting van het antwoord op de vraag of wel of geen sprake is van een dringende reden, in de regel lastig is.

Maar zelfs indien het zo zou zijn dat vrijwel steeds op voorhand duidelijkheid bestaat met betrekking tot het antwoord op de vraag in welke richting een bepaald gezichtspunt wijst, dan nog is het moeilijk de uiteindelijke uitkomst te voorspellen, wanneer niet ook helderheid bestaat over het onderlinge gewicht van de diverse relevante factoren. Te dien aanzien heeft Sagel geschreven dat verdedigbaar is dat sprake is van een rangorde in de gezichtspunten genoemd in het arrest Schrijver/Van Essen.<sup>57</sup>

Sagel heeft in dit verband allereerst naar voren gebracht dat door de Hoge Raad een onderscheid is gemaakt tussen hetgeen *in de eerste plaats* meeweegt en omstandigheden die *verder* nog in de beschouwing betrokken moeten worden. Volgens Sagel duidt dit erop dat de aard en ernst van hetgeen door de werkgever als dringende reden wordt aangemerkt, het belangrijkste gezichtspunt in de weging is. Ik onderschrijf deze stelling van Sagel en wijs er in dit verband ook op dat het eerste gezichtspunt uit het arrest Schrijver/Van Essen – in tegenstelling tot de andere factoren – een imperatief karakter heeft meegekregen. Daaruit volgt dat dit gezichtspunt zodanig van belang wordt

---

<sup>55</sup> Sagel 2013, p. 315.

<sup>56</sup> Dat was in 92,4 % van de gevallen. Zie paragraaf 6.3.5.

<sup>57</sup> Sagel 2013, p. 352.

geacht, dat het in de beoordeling *moet* worden betrokken.<sup>58</sup> Dat zegt ook iets over het aan die factor toe te kennen gewicht.

Sagel heeft erop gewezen dat de volgende twee gezichtspunten in de catalogus (ook) rechtstreeks te maken hebben met het dienstverband. Pas helemaal aan het eind van de opsomming worden de persoonlijke omstandigheden van de werknemer genoemd, waar de Hoge Raad aan heeft toegevoegd dat ook wanneer dit gezichtspunt duidelijk wijst op het niet aannemen van een dringende reden, dat niet aan het aannemen van een dringende reden in de weg hoeft te staan. Dat duidt er, aldus nog steeds Sagel, op dat de Hoge Raad de persoonlijke omstandigheden van de werknemer toch weer van een andere, in zijn algemeenheid net weer iets minder gewichtige aard vindt dan de met de dienstbetrekking samenhangende gezichtspunten.

‘Kort en goed: verdedigbaar is dat de leer van de Hoge Raad zo moet worden begrepen dat naarmate gezichtspunten/omstandigheden verder verwijderd zijn van het dienstverband, daarbij in de weging wat minder gewicht toekomt.’<sup>59</sup>

In dit verband dient te worden opgemerkt dat de Hoge Raad zich in het arrest Schrijver/Van Essen, noch in latere arresten uitdrukkelijk over een rangorde in de door hem genoemde gezichtspuntencatalogus heeft uitgelaten. Gelet op de door Sagel naar voren gebrachte argumenten is het inderdaad wellicht verdedigbaar dat de Hoge Raad een rangorde voorstaat, maar niet kan worden ontkend dat sprake is van een interpretatie, waarbij een rangorde in de gezichtspuntencatalogus wordt ingelezen. Ook Sagel schreef in dit verband dat goed verdedigbaar is dat de door hem geschetste rangorde de benadering is die de Hoge Raad voor ogen stond.<sup>60</sup> Volledige zekerheid op dit punt is er dus niet.

In dit kader is relevant dat er Hoge Raad-rechtspraak is waarin hij zich wél uitdrukkelijk heeft uitgelaten over het onderlinge gewicht van bepaalde relevante factoren, in welk verband het – ook eerder genoemde – arrest van 17 december 2010<sup>61</sup> inzake de dijkdoorbraak bij Wilnis als voorbeeld genoemd kan worden. Indien de Hoge Raad (buiten het door hem als imperatief voorgeschreven eerste gezichtspunt om) daadwerkelijk een bepaalde rangorde in ontslag op staande voet-zaken voor ogen staat, rijst de vraag waarom nimmer de gelegenheid is aangegrepen om (meer) duidelijkheid over die rangorde te scheppen.

---

<sup>58</sup> Zie daarover ook paragraaf 7.3.4.

<sup>59</sup> Sagel 2013, p. 353.

<sup>60</sup> Idem, p. 354.

<sup>61</sup> NJ 2012, 155, m.nt. T. Hartlief.

Sagel heeft verder uiteengezet dat de lagere rechtspraak steun biedt voor zijn lezing van de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Schrijver/Van Essen. In dit verband heeft hij erop gewezen dat er duidelijke lijnen te ontwaren zijn ter zake van gedrag dat in beginsel wel en in beginsel geen dringende reden vormt. Dat zou bevestigen dat bij veel gedragingen het eerste gezichtspunt al zo veel gewicht in de schaal legt in de ene of de andere richting, dat een nadere afweging aan de hand van de overige omstandigheden niet snel meer tot een van die richting afwijkende uitkomst leidt. Volgens Sagel wordt een mooi voorbeeld gevormd door gedragingen als fraude, diefstal en ernstige mishandeling op de werkvloer. Onder verwijzing naar de tabel in paragraaf 6.3.2 heb ik hiervoor uiteengezet dat uit de door mij onderzochte uitspraken volgt dat in maar weinig situaties daadwerkelijk duidelijk is of de desbetreffende gedraging of eigenschap van de werknemer als een dringende reden voor ontslag op staande voet kwalificeert. Natuurlijk zijn er gevallen waarin iedereen het er over eens zal zijn dat daarin een dringende reden moet worden aangenomen, maar dat doet er niet aan af dat uit de onderzochte lagere uitspraken maar weinig ‘vuistregels’ te destilleren zijn voor wat betreft het antwoord op de vraag of een bepaalde gedraging in beginsel wel of geen dringende reden oplevert.

Dat de in de catalogus uit Schrijver/Van Essen ingelezen rangorde niet door de lagere rechtspraak wordt ondersteund, volgt ook uit het feit dat in heel veel ontslag op staande voet-zaken ook overige – niet met zoveel woorden in het arrest Schrijver/Van Essen genoemde – gezichtspunten in de beoordeling worden betrokken. Blijkens paragraaf 6.3.7 is dat in bijna 70% van de zaken aan de orde. Dat wil zeggen dat in ongeveer zeven op de tien zaken ook niet uit de gezichtspuntencatalogus voortvloeiende factoren van belang worden geacht voor het antwoord op de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Onduidelijk is hoe die (overige) factoren in de weging moeten worden meegenomen. Deze vallen immers buiten de door Sagel geschetste rangorde. In dit kader is vermeldenswaard dat in niet minder dan 20 van de onderzochte uitspraken uitsluitend werd ingegaan op niet uit Schrijver/Van Essen voortvloeiende gezichtspunten.<sup>62</sup> In deze zaken speelden de wél in dat arrest genoemde gezichtspunten dus geen rol.

Ten slotte kan er ook in dit verband op worden gewezen dat de motivering van de door de rechter gemaakte afweging vaak tekort schiet. Om de onderlinge rangorde van de gezichtspunten te (kunnen) bepalen is niet alleen noodzakelijk dat de rechter aangeeft welke gezichtspunten hij in de beoordeling heeft betrokken, maar ook op welke wijze hij dat heeft gedaan. Zoals

---

<sup>62</sup> Zie hoofdstuk 6, voetnoot 422.

uiteengezet in paragraaf 6.4, zien we dat in heel weinig uitspraken terug. Als de lagere rechtspraak daadwerkelijk steun zou bieden voor een rangorde in de gezichtspunten uit het arrest Schrijver/Van Essen, dan had het voor de hand gelegen dat dit in de motiveringen van de lagere uitspraken (veel) beter tot uitdrukking was gekomen.

Het geven van aanwijzingen ter zake van het onderlinge gewicht van in een bepaalde gezichtspuntencatalogus genoemde factoren, kan naar mijn oordeel bijdragen aan meer duidelijkheid ten aanzien van de door de rechter te maken (af)weging, hetgeen de voorspelbaarheid van de uitkomst van juridische procedures ten goede zal kunnen komen. Wanneer in de rechtspraak (in beginsel) met een bepaalde rangorde moet worden gewerkt, verdient het aanbeveling dat die rangorde niet in de rechtspraak van de Hoge Raad ingelezen hoeft te worden, maar dat daarover duidelijkheid wordt gecreëerd. Ik verwijs in dit kader verder naar hetgeen daarover in paragraaf 7.3.4 is vermeld. Overigens heeft Sagel zich op het standpunt gesteld dat de Hoge Raad in het kader van de gezichtspunten ten aanzien van de beoordeling van de dringende reden voor ontslag op staande voet ook meer zou kunnen doen.

‘Hoewel gelet op de formulering die de Hoge Raad in het arrest Schrijver/Van Essen koos, goed verdedigbaar is, dat deze benadering is wat de Hoge Raad voor ogen stond, zou de in dat arrest geformuleerde maatstaf – die nadien zo vaak herhaald is – met een paar ondergeschikte aanpassingen van redactionele aard die gelaagde structuur nog wat geprononceerder tot uitdrukking kunnen brengen.’<sup>63</sup>

### **7.2.3                   Gezichtspuntencatalogi helpen invulling te geven aan open normen en evaluatieve begrippen**

Ik keer terug naar de bespreking van de verschillende functies van gezichtspuntencatalogi. In paragraaf 2.6.3 is aan de hand van een tweetal voorbeelden uitgewerkt dat lijsten met relevante factoren invulling helpen te geven aan open en evaluatieve begrippen. Het begrip ‘dringende reden’ is een zogenoemde open norm, waaraan aan de hand van alle omstandigheden van het geval invulling moet worden gegeven. De gezichtspunten uit het arrest Schrijver/Van Essen kunnen hierbij enige richting geven. Het arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1997<sup>64</sup> doet dat voor het evaluatieve begrip ‘ernstig

---

<sup>63</sup> Sagel 2013, p. 354.

<sup>64</sup> NJ 1997, 360, m.nt. Ma.

verwijt', waar het gaat om de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Hieraan kan worden toegevoegd dat de catalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde invulling helpt te geven aan hetgeen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (on)aanvaardbaar moet worden geacht.<sup>65</sup>

Niet kan worden gezegd dat deze gezichtspuntencatalogi zelf invulling geven aan open/evaluatieve begrippen. Zij kunnen daar slechts een (bescheiden) bijdrage aan leveren. Zoals aan het slot van paragraaf 2.6.3 naar voren is gebracht moeten de verschillende gezichtspunten eerst aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van de desbetreffende zaak worden ingekleurd. Pas als dat is gebeurd kunnen de relevante factoren bijdragen aan de invulling van een bepaalde open norm of een bepaald evaluatief begrip. Daarbij gelden vanzelfsprekend ook de bezwaren en kritiek, zoals die in de voorgaande paragrafen aan de orde zijn gekomen. Ik volsta hier met een verwijzing naar die paragrafen.

#### **7.2.4 Toetsing van gemengde beslissingen**

De laatste aan gezichtspuntencatalogi toegedichte functie betreft het mogelijk maken van toetsing in cassatie. Het toepassen van gezichtspuntencatalogi leidt namelijk tot een zogenoemde gemengde beslissing,<sup>66</sup> een beslissing die deels feitelijk en deels juridisch (normatief) van aard is.<sup>67</sup> De toetsing door de Hoge Raad is echter een beperkte toetsing. In cassatie kan het feitelijk deel van de gemengde beslissing, zo is in paragraaf 4.6.2 uiteengezet, alleen met een motiveringsklacht worden bestreden. De beslissing van de feitenrechter zal steeds voldoende inzicht moeten geven in zijn gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden, onder wie de hogere rechter die (eventueel) over de zaak moet oordelen, controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Om het vereiste voldoende inzicht in de gedachtegang van de rechter te bewerkstelligen, zal de rechter die een gezichtspuntencatalogus toepast, niet alleen moeten aangeven *welke* factoren hij in zijn beoordeling heeft betrokken, maar ook *op welke wijze* hij dat heeft gedaan. Uit de hoofdstukken 5 en 6 bleek dat het aan de motivering nogal eens schort. Hier valt mijns inziens zeker een verbeterslag te maken. Ik verwijs daarvoor naar paragraaf 7.3.7.

Het juridische gedeelte kan wel met een zogenoemde rechtsklacht worden 'aangevallen'. De Hoge Raad kan een hofarrest of -beschikking bijvoorbeeld vernietigen indien de (lagere) rechter de relevante gezichtspunten-

---

<sup>65</sup> Waarover recent Wolters 2013, p. 32.

<sup>66</sup> Waarover ook Quist 2007b, p. 295.

<sup>67</sup> Vgl. de paragrafen 2.6.4 en 4.6.2.

catalogus niet heeft toegepast. Deze cassatiegrond springt vanzelfsprekend meer in het oog wanneer gezichtspunten imperatief zijn voorgeschreven.<sup>68</sup> In dat geval is de rechter namelijk gehouden dat (die) gezichtspunt(en) in zijn beschouwing te betrekken. De rechter zal ook iets moeten met gezichtspunten waar partijen voldoende gemotiveerd een beroep op hebben gedaan. Ook wanneer de rechter dan nalaat daarop kenbaar te responderen, is cassatie mogelijk.<sup>69</sup>

Van belang is dat de uiteindelijk te maken waardering c.q. afweging van de diverse relevante factoren aan de feitenrechter voorbehouden blijft.<sup>70</sup> Met andere woorden, over die afweging kan in cassatie niet worden geklaagd. Het resultaat van een belangenafweging zal in cassatie in de regel namelijk als een feitelijke beslissing worden aangemerkt.<sup>71</sup> De Hoge Raad kan daar dan niet meer aankomen. Dat betekent dat, hoewel ten aanzien van de toepassing van de gezichtspuntencatalogus ook een andere uitkomst denkbaar was geweest, de Hoge Raad de uitspraak waarvan beroep toch in stand zal (moeten) laten. Ik roep in dit verband de – ook in paragraaf 4.6.4 genoemde – conclusies van A-G Spier in herinnering.<sup>72</sup> Spier schreef dat de enkele omstandigheid dat andere feitelijke waarderingsmogelijkheden waren, geen reden voor vernietiging van het bestreden arrest is. Dat ook een andere afweging mogelijk was geweest, is niet iets waarover in cassatie met vrucht kan worden geklaagd.

Het voorgaande betekent dat gemengde beslissingen door het toepassen van gezichtspuntencatalogi – evenals overigens door het hanteren van harde subregels en vuistregels – inderdaad (deels) in cassatie kunnen worden getoetst. Hoewel de mogelijkheden om te toetsen voor de Hoge Raad beperkt zijn, is het wel mogelijk om de lagere rechtspraak te sturen waar het gaat om de toe te passen factoren, zeker wanneer deze dwingend zijn voorgeschreven.

Hierbij moet wel worden bedacht, zoals ook aan het slot van paragraaf 4.6.2 is vermeld, dat de mate waarin de Hoge Raad toetst een kwestie van beleid is. Vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw is de Hoge Raad zich gaan bedienen van harde subregels, vuistregels en gezichtspunten. Dit ‘beginmoment’ hangt samen met het moment waarop het zogenoemde contextualisme zijn

---

<sup>68</sup> Zie Asser 2011b, p. 52.

<sup>69</sup> Zie over de toetsingsmogelijkheden in cassatie bij gemengde beslissingen ook Sagel 2013, p. 228.

<sup>70</sup> Aldus ook Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011, p. 445.

<sup>71</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 103.

<sup>72</sup> Vgl. de conclusies voor HR 19 oktober 2012, JAR 2012/295 en HR 19 oktober 2012, JAR 2012/296.



intrede deed in de rechtswetenschap.<sup>73</sup> De mate waarin de Hoge Raad gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid tot sturen, is niet altijd gelijk geweest. Aanvankelijk werd het oordeel omtrent de vraag of sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet als een feitelijke aangelegenheid beschouwd, waar de Hoge Raad niet aan wilde komen. Door de hiervoor genoemde instrumenten kon de Hoge Raad steeds meer grip krijgen op de beslissing van de lagere rechter. De gemengde beslissing kan, zo is hiervoor beschreven, immers gedeeltelijk worden getoetst. Ook door de mate waarin de Hoge Raad iets feitelijk of juridisch acht, kan beperkter c.q. ruimer worden getoetst. Ten aanzien van de dringende reden is een ontwikkeling van een uiterst beperkte naar een ruimere toetsing waar te nemen.<sup>74</sup> Ook Sagel heeft hier in zijn recente proefschrift aandacht aan besteed. Hij schreef dat vrijwel direct na de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst (in 1907) duidelijk werd dat de Hoge Raad zich bij de beoordeling van de dringende reden uiterst terughoudend wenste op te stellen. Het oordeel of in een concreet geval sprake was van een dringende reden werd, aldus nog steeds Sagel, al snel als in hoge mate feitelijk en derhalve aan cassatietoetsing onttrokken aangemerkt.<sup>75</sup> Pas later is de Hoge Raad leiding gaan geven door het formuleren van harde subregels, vuistregels en gezichtspuntencatalogi. Sagel heeft overigens geschreven dat de sturing door middel van harde subregels en vuistregels over zijn hoogtepunt heen is, aangezien de Hoge Raad van dergelijke regels (bij het ontslag op staande voet) na de eeuwwisseling vrijwel geen gebruik meer heeft gemaakt.<sup>76</sup>

Wat hier ook van zij, duidelijk is wel dat de Hoge Raad door het formuleren van gezichtspuntencatalogi meer grip op de lagere rechtspraak heeft gekregen.

### 7.2.5 Tussenconclusie

De (onderzoeks)vraag of gezichtspuntencatalogi de daaraan toegedichte functies ook daadwerkelijk vervullen kan thans als volgt worden beantwoord. Uit de voorgaande paragrafen komt het beeld naar voren dat gezichtspunten in beperkte mate duidelijkheid (kunnen) scheppen ten aanzien van het antwoord op de vraag welke factoren van belang zijn of kunnen zijn voor de door de lagere rechter te maken beoordeling. Deze functie wordt dan ook deels gerealiseerd. Daarnaast kunnen gezichtspuntencatalogi helpen bij het geven van invulling aan open en evaluatieve begrippen en maken zij (beperkte) toetsing van gemengde

<sup>73</sup> Zie daarover paragraaf 2.2.1.

<sup>74</sup> Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 98.

<sup>75</sup> Sagel 2013, p. 229.

<sup>76</sup> Idem, p. 242.

beslissingen door de Hoge Raad mogelijk. Ook in zoverre brengen gezichtspunten-catalogi wat ermee beoogd wordt.

Dat ligt naar mijn oordeel bepaald anders waar het gaat om de voorspelbaarheid ten aanzien van zaken die aan de hand van een gezichtspunten-catalogus (moeten) worden afgedaan. Die voorspelbaarheid is gering. De voornaamste kritiek in de literatuur op het hanteren van gezichtspunten-catalogi is dan ook dat de uitkomst van een procedure ongewis is, met alle gevolgen van dien, zo is in paragraaf 2.7.2 beschreven. Zoals blijkt uit het voorgaande deel ik die kritiek.

Nu de vraag of gezichtspunten-catalogi hun functies in de rechtspraak vervullen deels ontkennend moet worden beantwoord, komt de volgende onderzoeksvraag in beeld. Onderzocht dient namelijk te worden of, en zo ja welke, verbeteringen mogelijk zijn om alsnog te bewerkstelligen dat gezichtspunten-catalogi hun functies (beter) waarmaken.

### **7.3 Hoe kan het anders/beter?**

‘Gezichtspunten, vingervijzingen en vuistregels. Kan dat anders?’ Deze vraag wierp Hartlief op in zijn NTBR-artikel over het thema ‘Beter Burgerlijk Recht’. Hartlief beantwoordde deze vraag bevestigend.<sup>77</sup> Ik ben het met hem eens. Wat mij betreft kan op verschillende wijzen worden bereikt dat gezichtspunten-catalogi meer en beter dan nu het geval is (kunnen) voldoen aan hetgeen ermee wordt beoogd. Er zijn verschillende manieren aan te wijzen waarop de toepassing van gezichtspunten-catalogi – in meer of mindere mate – kan bijdragen aan de functies die zij beogen te vervullen. Hieronder zal van de meest in het oogspringende manieren worden aangegeven of en zo ja hoe, zij daaraan een positieve bijdrage kunnen leveren. Daarbij zal vooral de voorspelbaarheid van de uitkomst van zaken die aan de hand van een gezichtspunten-catalogus (moeten) worden afgedaan, aandacht krijgen.

#### **7.3.1 Een scherpe(re) regel heeft de voorkeur**

Reeds in zijn proefschrift uit 1992 heeft Barendrecht er de aandacht op gevestigd dat een scherpe norm de voorkeur verdient boven een vage norm, omdat rechterlijke rechtsvorming daardoor maatschappelijk aanvaardbaarder en de kwaliteit daarvan hoger wordt. Wel dient men zich, aldus Barendrecht, bij het werken met scherpe normen steeds te realiseren dat ook andere omstandigheden

---

<sup>77</sup> Vgl. Hartlief 2012, p. 9 e.v. Zie ook Hartlief 2011, p. 25 e.v.

relevant kunnen zijn.<sup>78</sup> Dat is bij een harde subregel niet mogelijk, nu zo'n regel een algemene norm geeft, waarop geen uitzonderingen zijn toegelaten. Juist om die reden vinden we in de rechtspraak van de Hoge Raad weinig harde subregels terug.<sup>79</sup> Een scherp geformuleerde vuistregel kan wat dat aangaat betere diensten bewijzen, aangezien daarmee een hoofdregel wordt gegeven, waarop wél een uitzondering denkbaar is, indien de omstandigheden van het geval – bij wijze van contra-indicatie – daartoe aanleiding geven.

In een recente conclusie heeft A-G Langemeijer overwogen dat de waarde van vuistregels in het kader van het bieden van rechtszekerheid beperkt is, aangezien steeds (ook) een afweging van alle omstandigheden van het geval zal moeten worden gemaakt.<sup>80</sup> In de zaak waarin de A-G concludeerde, had de werkgever geprobeerd de Hoge Raad 'te verleiden' tot het formuleren van een vuistregel, die inhoudt dat (herhaaldelijk gepleegde) seksuele intimidatie in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert. In de toelichting op het desbetreffende cassatiemiddel was bij wijze van voorbeeld gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 20 juni 2003,<sup>81</sup> waarin de Hoge Raad oordeelde dat het bij herhaling niet voldoen aan een op zichzelf redelijke opdracht van de werkgever in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert. De werkgever in de onderhavige zaak stelde zich op het standpunt dat ook ter zake van seksuele intimidatie behoefte bestaat aan een duidelijke vuistregel, aangezien in de feitenrechtspraak over dit onderwerp 'rechtsonzekerheid welig tiert'.<sup>82</sup>

Als gezegd, de A-G zag weinig in het formuleren van een vuistregel, althans niet zoals die door het middel was voorgesteld. Ook in dat geval zijn namelijk, aldus de A-G, steeds uitzonderingen mogelijk en zal de rechter – gelet op de maatstaf uit het arrest Schrijver/Van Essen – aan de hand van alle omstandigheden van het geval een afweging moeten maken. Volgens de A-G zou het hof, ook indien een vuistregel zou gelden, dezelfde toets moeten aanleggen. Tot veel meer zekerheid en voorspelbaarheid leidt een vuistregel in

---

<sup>78</sup> Barendrecht 1992, p. 271.

<sup>79</sup> Paragraaf 2.2.2.

<sup>80</sup> ECLI:NL:PHR:2013:CA1967. Hetgeen hieronder over deze zaak is vermeld is (deels) ontleend aan mijn noot onder JIN 2013/128.

<sup>81</sup> NJ 2003, 523.

<sup>82</sup> Zie ook Sagel 2013, p. 374. Vermeldenswaard is dat Sagel in de onderhavige procedure voor de werkgever als (cassatie)advocaat optrad.

de ogen van de A-G dan ook niet. De Hoge Raad volgde de A-G en deed de zaak af met toepassing van art. 81 RO.<sup>83</sup>

Langemeijer vindt Verhulp aan zijn zijde. In zijn NJ-annotatie bij het arrest van de Hoge Raad van 17 december 2010 heeft Verhulp geschreven dat het maar de vraag is of het geven van subregels in het algemeen meer duidelijkheid biedt. In dit verband wees Verhulp erop dat de door ABN AMRO in voornoemd arrest voorgestelde vuistregel (met betrekking tot het ontslag op staande voet van een onherroepelijk tot gevangenisstraf veroordeelde werknemer) al zoveel ruimte voor uitzonderingen biedt dat van een duidelijke regel niet kan worden gesproken.

Naar mijn oordeel dient in zijn algemeenheid wél te worden aangenomen dat vuistregels meer (rechts)zekerheid bieden dan gezichtspuntencatalogi. Een vuistregel geeft, als gezegd, namelijk een hoofdregel, waarvan slechts onder bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken.<sup>84</sup> Bij een gezichtspuntencatalogus ontbreekt veelal een duidelijke 'richtingaanwijzer' en is de uitkomst van de zaak volledig afhankelijk van de door de rechter af te wegen feiten en omstandigheden. Wanneer ten aanzien van één van die gezichtspunten een vuistregel is geformuleerd, heeft dat betekenis voor het (relatieve) gewicht van dat gezichtspunt. Dat weegt dan zwaarder, hetgeen van invloed zal zijn op de uiteindelijk te nemen beslissing.

Laat ik de vuistregel uit het arrest van 20 juni 2003 als voorbeeld nemen. Zoals hierboven vermeld, oordeelde de Hoge Raad in die uitspraak dat een bij herhaling door een werknemer niet voldoen aan een op zichzelf redelijke opdracht van de werkgever in beginsel een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert. Deze vuistregel geeft aan dat aan het eerste gezichtspunt uit het arrest Schrijver/Van Essen (de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt)<sup>85</sup> nog meer gewicht toekomt dan zonder de vuistregel het geval zou zijn. Daarmee neemt het relatieve gewicht van dit gezichtspunt ten opzichte van de andere relevante factoren toe, hetgeen eerder tot de conclusie zal leiden dat het verleende ontslag op staande voet standhoudt.

Dat ligt anders in het geval waarin de bedoelde vuistregel niet zou gelden. Ook dan zal de rechter weliswaar de aard en de ernst van het aan de werknemer gemaakte verwijt, net als de andere (gestelde) relevante factoren, in de afweging moeten betrekken, maar zonder dat dan speciale nadruk op de

---

<sup>83</sup> ECLI:NL:HR:2013:CA1967.

<sup>84</sup> Zie voor een bespreking van verschillende gradaties van vuistregels Sagel 2013, p. 238.

<sup>85</sup> Waarover uitgebreid in paragraaf 6.3.2.

gedraging van de werknemer wordt gelegd. De rechter komt in zo'n geval meer vrijheid toe bij het bepalen van het relatieve gewicht van de diverse gezichtspunten.

Ook het gegeven dat alleen 'bijzondere omstandigheden' tot een afwijking van de hoofdregel aanleiding kunnen geven (zoals in het arrest van 20 juni 2003 is overwogen), geeft aan dat de rechter niet lichtvaardig tot een ander oordeel, dan waartoe de vuistregel leidt, kan komen; 'gewone omstandigheden' zijn daarvoor immers niet voldoende.<sup>86</sup> Weliswaar zal niet steeds een duidelijk onderscheid tussen 'gewone' en 'bijzondere' omstandigheden kunnen worden gemaakt, maar dat alleen 'bijzondere omstandigheden' een uitzondering op de hoofdregel kunnen rechtvaardigen, werpt wel een drempel op.

Dat het moet gaan om 'bijzondere omstandigheden', legt bovendien meer nadruk op de motiveringsplicht van de rechter. Hij zal – wanneer hij van de vuistregel wenst af te wijken – in zijn uitspraak namelijk niet alleen moeten aangeven welke bijzondere omstandigheden daarbij van belang zijn, maar ook *waarom* die omstandigheden tot de afwijking noopten. Barendrecht wees er in zijn proefschrift reeds op dat vuistregels alleen werken, indien afwijking daarvan wordt aanvaard wanneer zulks op een behoorlijke wijze wordt gemotiveerd.<sup>87</sup>

Door diverse auteurs is betoogd dat vuistregels, waar het gaat om de voorspelbaarheid die zij meebrengen, de voorkeur verdienen boven gezichtspuntencatalogi. In dit kader valt bijvoorbeeld te wijzen op de bijdrage van Hansma aan de Grabandt-bundel, waarin de auteur heeft geschreven dat door het ontbreken van harde subregels en vuistregels de eenduidigheid verdwijnt en de persoonlijke appreciatie van de rechter regeert.<sup>88</sup> Ook Sagel heeft betoogd dat vuistregels goede diensten kunnen bewijzen.<sup>89</sup> Ik sluit me daarbij aan. In gevallen die zich lenen voor een scherpe(re) regel dan uitsluitend een verwijzing naar de omstandigheden van het geval,<sup>90</sup> eventueel met daaraan

---

<sup>86</sup> Vgl. ook Houweling 2011, p. 475.

<sup>87</sup> Zie hoofdstuk 2, voetnoot 42.

<sup>88</sup> Hansma 2012, p. 152.

<sup>89</sup> Sagel 2013, p. 379. Zie ook p. 237, waar is geschreven dat een vuistregel die voor een specifiek geval wordt geformuleerd, vaak een uitstralingseffect zal hebben met betrekking tot andere gevallen die behoren tot hetzelfde 'genus' van dringende redenen.

<sup>90</sup> Het formuleren van een algemene regel is zeker niet in alle zaken mogelijk, vooral niet bij de toepassing van zogenoemde open normen. Zie daarover, met betrekking tot de invulling van de op de werkgever rustende zorgplicht ex art. 7:658 BW, de conclusie van

gekoppelde gezichtspunten, kunnen vuistregels voor de rechtspraak van waarde zijn, in die zin dat zij kunnen bijdragen aan (meer) voorspelbaarheid. In de De Laat-bundel uit 2005 schreven Sagel en Verhulp dat vuistregels een grote mate van zekerheid bieden.<sup>91</sup> Een (beroep op een) vuistregel moet dan ook niet te snel worden afgeserveerd met de overweging dat uiteindelijk toch alle omstandigheden van het geval beslissend zijn.

Wanneer een vuistregel wordt geformuleerd kan dat op verschillende manieren. Allereerst is denkbaar dat een op zichzelf staande hoofdregel wordt gegeven voor een bepaald gevaltype. Een arbeidsrechtelijk voorbeeld van een dergelijke vuistregel biedt het arrest van de Hoge Raad in de zaak Rutten/Breed.<sup>92</sup> In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat, de enkele omstandigheid dat de werknemer zonder toekenning van een vergoeding is ontslagen, *in het algemeen* geen grond oplevert voor een vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag.<sup>93</sup>

Een andere mogelijkheid is dat de Hoge Raad een lijst van vuistregels geeft, zoals in het arrest van 1 oktober 2010.<sup>94</sup> In dit arrest was de vraag aan de orde of een tot uitkering gekomen ongevallenverzekering als opkomend voordeel (ex art. 6:100 BW) kon worden verrekend met een aan de werknemer, die letsel had opgelopen door een bedrijfsongeval, toekomstige schadevergoeding. Ter beantwoording van deze vraag formuleerde de Hoge Raad een (verhulde) gezichtspuntencatalogus, waarbij de diverse relevante factoren door vuistregels werden ingevuld.<sup>95</sup> Op deze wijze wordt niet uitsluitend aangegeven welke factoren van belang zijn voor de door de rechter te maken beoordeling, maar ook in welke richting deze omstandigheden (in beginsel) wijzen.

Ook een andere variant komt voor. Het is ook mogelijk om binnen een bestaande gezichtspuntencatalogus een vuistregel te formuleren. Dat is bijvoorbeeld aan de orde in het hierboven genoemde arrest van de Hoge Raad van 20 juni 2003. In dat arrest wordt een vuistregel gegeven die een nadere invulling geeft aan de catalogus van gezichtspunten die voortvloeit uit het arrest Schrijver/Van Essen, in die zin dat het eerste gezichtspunt in geval van

---

A-G Spier voor HR 7 december 2007, JAR 2008/15 en meer recent zijn conclusies voor HR 19 oktober 2012, JAR 2012/294 en HR 19 oktober 2012, JAR 2012/295.

<sup>91</sup> Sagel & Verhulp 2005, p. 100. Als ik het goed zie heeft Verhulp blijkens zijn hierboven genoemde NJ-annotatie inmiddels een ander standpunt ingenomen.

<sup>92</sup> HR 12 februari 2010, JAR 2010/72, m.nt. Heerma van Voss onder NJ 2010, 495.

<sup>93</sup> Zie hierover ook paragraaf 3.2.3.2.

<sup>94</sup> JAR 2010/272.

<sup>95</sup> Zie voor een uitgebreidere bespreking van het arrest en de genoemde vuistregels paragraaf 2.4.1.3.

herhaaldelijke weigering te voldoen aan een redelijke opdracht meer gewicht in de weegschaal zal leggen.

Ten aanzien van de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde is een dergelijke constructie wel voorgesteld. Zo heeft Smeehuijzen zich (onder meer) ten aanzien van gezichtspunt g (of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld)<sup>96</sup> betoogd dat deze factor prohibitief dient te zijn voor doorbraak van de absolute verjaringstermijn. Dat betekent dat allereerst aan de voorwaarde, dat na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn is gehandeld, dient te worden voldaan. Als deze drempel niet wordt gehaald, dient, zo heeft Smeehuijzen uiteengezet, het doek te vallen.<sup>97</sup> Het overschrijden van die redelijke termijn is dan fataal.<sup>98</sup>

Punt is echter dat er, zo blijkt ook uit de lagere rechtspraak,<sup>99</sup> geen consensus bestaat over het antwoord op de vraag wat nu een redelijke termijn is. De Hoge Raad zou op dit punt duidelijkheid kunnen scheppen door het formuleren van een vuistregel. Als helder is welke termijn in beginsel nog toelaatbaar is<sup>100</sup> en ook daadwerkelijk binnen deze termijn is gehandeld, kan de vraag of de verjaringstermijn doorbroken moet worden, worden beantwoord aan de hand van de overige in Van Hese/De Schelde genoemde gezichtspunten. Op deze wijze wordt aan de hand van een vuistregel een 'voelvraag' geïntroduceerd. Wanneer deze drempel wordt gehaald, wordt de gezichtspuntencatalogus relevant voor de verdere beoordeling.

Uit het voorgaande volgt dat een vuistregel – waar mogelijk – de voorkeur verdient boven een vage(re) norm, zoals een gezichtspuntencatalogus. Zoals aangegeven zal het echter niet in alle gevallen en in alle (soorten) zaken mogelijk zijn een scherpe(re) regel te formuleren. Naar mijn mening dient wel

<sup>96</sup> Waarover uitgebreid in paragraaf 5.3.8.

<sup>97</sup> Zie in dezelfde zin Bloembergen in zijn noot onder HR 28 april 2000, NJ 2000, 431.

<sup>98</sup> Smeehuijzen 2005, p. 59. Smeehuijzen heeft betoogd dat voor gezichtspunt e (of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren; waarover paragraaf 5.3.6) hetzelfde zou moeten gelden. Zie voor een en ander ook Smeehuijzen 2008, p. 262 e.v.

<sup>99</sup> Zie ook in dit verband paragraaf 5.3.8.

<sup>100</sup> De vraag rijst welke (in beginsel) vaste termijn moet worden gehanteerd. Daar kunnen verschillende termijnen voor in aanmerking komen, waarover in paragraaf 5.3.8. De Hoge Raad heeft het vooralsnog niet mogelijk of nodig geacht een vaste termijn te noemen. Smeehuijzen heeft te dien aanzien naar voren gebracht dat die onbepaaldheid niet bevorderlijk is voor de hanteerbaarheid van gezichtspunt g. Zie daarvoor zijn in voetnoot 98 genoemde publicaties.

steeds tegen het licht te worden gehouden of een harde subregel of een vuistregel tot de mogelijkheden behoort. Wanneer de rechter echter moet terugvallen op het formuleren van een catalogus met gezichtspunten, is het van belang dat de relevante factoren zo scherp mogelijk worden geformuleerd. Zo heeft Barendrecht beschreven dat een gezichtspuntencatalogus meer betekenis krijgt indien de categorieën relevante omstandigheden nauwer worden omschreven en het aantal soorten gezichtspunten beperkter wordt. Pas wanneer de relevantie van bepaalde feiten wordt uitgesloten, kan een gezichtspunten-catalogus werkelijk een bijdrage leveren aan de rechtsvorming. Barendrecht voegde hier onmiddellijk aan toe dat de opsomming van relevante factoren in de meeste gevallen niet limitatief is, zodat de omstandigheden die relevant zouden kunnen zijn niet kunnen worden beperkt. Zoals bleek in paragraaf 2.4.1.1 is het niet zo dat (in de rechtspraak tot stand gekomen) gezichtspuntencatalogi *in de meeste gevallen* niet-limitatief zijn, maar heeft te gelden dat geen enkele door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten-catalogus een limitatief karakter heeft. De genoemde factoren kunnen steeds ook met andere feiten en omstandigheden worden aangevuld, zoals in de lagere rechtspraak ook gebeurt.<sup>101</sup> Het op voorhand uitsluiten van bepaalde factoren is dan ook niet mogelijk.

De stelling van Barendrecht dat gezichtspunten zo scherp mogelijk moeten worden omschreven verdient wel bijval. Dat is niet alleen van belang om duidelijkheid te scheppen omtrent de wijze waarop de gezichtspunten moeten worden geïnterpreteerd, maar ook hoe daarmee moet worden omgegaan. Deze duidelijkheid draagt bij aan de voorspelbaarheid van de uitkomst van beslissingen die aan de hand van de gezichtspuntencatalogus (moeten) worden afgedaan.

Ook Wolters heeft in zijn proefschrift aandacht voor dit aspect gevraagd. Hij heeft als voorbeeld genoemd dat een beroep op ‘de aard van de rechtsbetrekking’ onduidelijk is. Een rechtsbetrekking kan namelijk verschillende ‘aarden’ hebben. Een enkel beroep op de aard van de rechtsbetrekking verduidelijkt dan ook niet welk kenmerk (bijvoorbeeld) de werking van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval beïnvloedt.<sup>102</sup> Dergelijke gezichtspunten zijn bijvoorbeeld genoemd in het arrest *Saladin/HBU*.<sup>103</sup> Voor de beantwoording van de vraag of de bank een beroep kon doen

---

<sup>101</sup> Paragrafen 5.3.9 en 6.3.7.

<sup>102</sup> Wolters 2013, p. 218.

<sup>103</sup> Waarover in paragraaf 2.2.2.



op een exonatieclausule werd door de Hoge Raad onder meer ‘de aard en ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen’ en ‘de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt’ van belang geacht. Deze factoren kunnen scherper worden geformuleerd, al dan niet in de vorm van een vuistregel. Een andere mogelijkheid is dat (meer) tekst en uitleg bij deze gezichtspunten wordt gegeven. Daarvoor verwijs ik naar paragraaf 7.3.3.

### 7.3.2 Volledig imperatieve catalogi?

In hoofdstuk 5 is de gezichtspuntencatalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde behandeld. Deze catalogus is volledig imperatief. De Hoge Raad heeft namelijk uitdrukkelijk bepaald dat de rechter gehouden is alle (zeven) in het arrest genoemde factoren in zijn beoordeling te betrekken. Uit de bestudering van de lagere, op de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde gebaseerde, rechtspraak bleek dat dit imperatieve karakter van de lijst in de meeste zaken wordt nagevolgd. In sommige zaken daarentegen zijn niet alle gezichtspunten kenbaar in de beoordeling betrokken en soms is de zaak slechts aan de hand van één van de gezichtspunten beslist.<sup>104</sup>

Het gevolg van een volledig imperatieve lijst als in Van Hese/De Schelde lijkt te zijn dat daardoor een rem wordt gezet op mogelijk andere relevante factoren. In paragraaf 5.3.9 is uiteengezet dat het aantal zaken waarin overige gezichtspunten (die dus niet in de Van Hese/De Schelde-catalogus zijn genoemd) in de beoordeling zijn betrokken beperkt is,<sup>105</sup> zeker wanneer dat wordt afgezet tegen de ontslag op staande voet-zaken, waarin in een veel groter percentage van de zaken op overige gezichtspunten werd ingegaan.<sup>106</sup>

Hoewel ook de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde niet-limitatief is, duidt het voorgaande erop dat een imperatieve lijst partijen en de rechter niet echt uitnodigt tot het naar voren brengen van aanvullende relevante gezichtspunten. Dat zal uiteindelijk leiden tot minder verschillende factoren die tegen elkaar afgewogen moeten worden. In de regel zal gelden dat, hoe minder gezichtspunten in ogenschouw (moeten) worden genomen, des te beter de uitkomst van de te maken afweging te voorspellen is. Hiervoor zagen we namelijk dat vaak sprake is van incommensurabiliteit, waardoor de gezichtspunten niet alle langs dezelfde lat kunnen worden gelegd om hun onderlinge gewicht te bepalen. Het gaat steeds om gezichtspunten met een eigen karakter en een eigen invulling. Dat maakt het ook zo lastig om verschillende

<sup>104</sup> Zie voor een en ander paragraaf 5.3.1.

<sup>105</sup> Namelijk in 15 van de 58 onderzochte zaken. Dat komt neer op 25,9%.

<sup>106</sup> Te weten in 68,6% van de gevallen (in 227 van de 331 zaken). Zie hiervoor paragraaf 6.3.7.

gezichtspunten tegen elkaar af te zetten. Zo bezien zou het formuleren van volledig imperatieve catalogi juist moeten worden aangemoedigd.

Hoewel ik van oordeel ben dat het nodige moet worden gedaan om de voorspelbaarheid van de uitkomst van zaken die aan de hand van gezichtspuntencatalogi (moeten) worden afgedaan te verbeteren, ben ik toch geen voorstander van het formuleren van (meer) volledig imperatieve gezichtspuntencatalogi. Tot op heden is de catalogus uit Van Hese/De Schelde de enige en dat moet naar mijn oordeel zo blijven. Daarbij speelt niet alleen een rol dat een volledig imperatieve catalogus niet echt lijkt uit te nodigen om verder te kijken dan de in de catalogus genoemde factoren. Bovendien ligt het gevaar op de loer dat een dergelijke gezichtspuntencatalogus leidt tot rechterlijke doelredeneringen, omdat de rechter ‘iets moet’ met alle factoren, dus ook met die omstandigheden die hij niet of minder relevant acht. Deze factoren zullen dan zo ‘gebogen’ moeten worden dat ze passen in de genomen beslissing.<sup>107</sup> Een laatste en naar mijn mening belangrijk argument is, dat de Hoge Raad door middel van *gedeeltelijk* imperatieve catalogi sturing kan geven, doordat op deze wijze wordt benadrukt dat aan het verplicht voorgeschreven gezichtspunt in de regel meer gewicht toekomt. Deze sturingsmogelijkheid vervalt wanneer alle gezichtspunten een imperatief karakter meekrijgen.

### **7.3.3 Duidelijk moet worden waarom voor bepaalde gezichtspunten is gekozen**

Eén van de bezwaren tegen het formuleren van gezichtspunten is dat vaak niet duidelijk is hoe een bepaald gezichtspunt moet worden geïnterpreteerd. Immers, op de vraag waarom bepaalde feiten en omstandigheden wel en andere factoren niet in een bepaalde gezichtspuntencatalogus zijn opgenomen, wordt door de Hoge Raad in zijn arresten geen antwoord gegeven.<sup>108</sup> Roozendaal heeft in dit verband geschreven dat wie een gezichtspunt moet toepassen, moet weten hoe. Dat kan alleen als bekend is waarom dat gezichtspunt relevant is.<sup>109</sup> Wanneer niet duidelijk is waarom de Hoge Raad een bepaalde factor in de lijst met relevante omstandigheden heeft opgenomen en wat met dat gezichtspunt precies wordt bedoeld, zal het lastig zijn om een goede voorspelling te maken van het antwoord op de vraag in het voordeel van welke partij die factor mee zal wegen.

Een eerste voorbeeld in dit verband biedt het derde gezichtspunt uit het arrest Schrijver/Van Essen, dat ziet op de duur van het dienstverband. In zijn

---

<sup>107</sup> Zie daarover Smeehuijzen 2006, p. 62. Zie ook Sagel 2013, p. 359.

<sup>108</sup> Waarover ook Roozendaal 2009, p. 22.

<sup>109</sup> Idem, p. 25.

proefschrift heeft Sagel zich op het standpunt gesteld dat de duur van het dienstverband (in combinatie met de wijze van dienstvervulling) in de weging of zich een dringende reden voordoet uitsluitend een verzachtend effect zal kunnen hebben.<sup>110</sup> In paragraaf 6.3.4 is beschreven dat deze factor in de lagere rechtspraak weliswaar veelal in het voordeel van de werknemer wordt meegewogen, maar dat dat niet altijd het geval is. Er zijn diverse uitspraken aan te wijzen waarin de duur van het dienstverband – ook wanneer de werknemer al lang(er) in dienst was – in het nadeel van de werknemer werd uitgelegd. In de lagere rechtspraak wordt dus op verschillende wijzen invulling aan dit gezichtspunt gegeven. Wanneer onduidelijkheid bestaat over de vraag hoe de duur van het dienstverband in de beoordeling van de rechter zal worden meegewogen, leidt dat ertoe dat de uitkomst van een procedure minder voorspelbaar wordt.

Indien de Hoge Raad daadwerkelijk had gewild dat de duur van het dienstverband uitsluitend in het voordeel van de werknemer mee kan wegen, had de Hoge Raad er naar mijn mening goed aan gedaan dat ook duidelijk te maken, zodat niet alleen partijen, maar ook de lagere rechter, weet waar zij aan toe zijn.

Als voorbeeld valt voorts te wijzen op het eerste gezichtspunt uit het arrest Van Hese/De Schelde. Onderdeel van dit gezichtspunt betreft de vraag of de schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden of een derde. In zijn proefschrift heeft Wolters geschreven dat de overweging van de Hoge Raad de precieze betekenis van deze omstandigheid niet duidelijk maakt. Wolters heeft uiteengezet dat de volgorde waarin zij is geformuleerd, suggereert dat de redelijkheid en billijkheid de toepassing van de verjaring sneller beperkt als de schadevergoeding ten bate van het slachtoffer zelf komt en minder snel als derden zouden profiteren. Nabestaanden zitten hier ergens tussen in. Wolters heeft de vraag opgeworpen of het gegeven dat nabestaanden schadevergoeding vorderen nu voor of tegen beperking van de verjaring pleit.<sup>111</sup>

In paragraaf 5.3.2 is aan de orde gekomen dat de rechtspraak ten aanzien van voornoemd gezichtspunt behoorlijk eenduidig is voor wat betreft de twee uiterste categorieën (het slachtoffer zelf en derden), maar dat de middencategorie (nabestaanden) in de lagere rechtspraak niet steeds eenduidig wordt geïnterpreteerd, al geldt wel dat hoe verder de nabestaanden van het slachtoffer afstaan, des te minder dat voor doorbreking van de verjaringstermijn pleit. De vraag is dan natuurlijk wel waar het omslagpunt ligt.

---

<sup>110</sup> Sagel 2013, p. 315.

<sup>111</sup> Wolters 2013, p. 32.

Een en ander betekent dat, wanneer nabestaanden een vordering tot schadevergoeding instellen, niet steeds op voorhand te voorspellen is of de rechter deze omstandigheid zal meewegen ten voordele van de eisende dan wel de gedaagde – tot schadevergoeding aangesproken – partij. De onzekerheid over de invulling van het onderhavige gezichtspunt, draagt vanzelfsprekend bij aan de onvoorspelbaarheid van de uitkomst van de totale weging van alle relevante factoren.

De Hoge Raad had vooraf (meer) duidelijkheid kunnen creëren door meer informatie te geven over de invulling van het gezichtspunt. Wolters heeft een mogelijke interpretatie gegeven:

‘De Hoge Raad had de betekenis van de omstandigheid kunnen verduidelijken door een rechtsbeginsel te formuleren. Het rechtsbeginsel had bijvoorbeeld zo kunnen luiden: schadevergoeding moet ten bate komen van hen die de schade hebben geleden. De schade wordt in de eerste plaats geleden door het slachtoffer. Ook de directe nabestaanden worden getroffen. De partner en minderjarige kinderen verliezen immers de financiële steun van het slachtoffer. Andere erfgenamen leiden geen directe schade en hebben dus minder recht op bescherming op grond van de redelijkheid en billijkheid. Dit is natuurlijk slechts een mogelijke interpretatie. Een geheel ander rechtsbeginsel kan ten grondslag liggen aan de relevantie van de omstandigheid. De Hoge Raad laat dit echter in het midden.’<sup>112</sup>

Ook in andere gezichtspuntencatalogi kunnen factoren voorkomen waarvan op het eerste gezicht niet duidelijk is hoe deze moeten worden geïnterpreteerd. Vanzelfsprekend kan worden gewacht tot dat de lagere jurisprudentie op dit punt uitgekristalliseerd is. Beter lijkt het me om de betrokkenen op voorhand zoveel als mogelijk helderheid te verschaffen over de vraag wat de Hoge Raad precies voor ogen heeft met de door hem gekozen en in een catalogus opgenomen gezichtspunten. Als duidelijk is wat de achterliggende gedachte bij een bepaalde factor is, wordt (meer) inzichtelijk hoe in de praktijk met dat gezichtspunt moet worden omgegaan.

Hetgeen Vranken en Martens in de Van Boeschoten-bundel uit 1993 hebben geschreven past in dit plaatje. Zo mag volgens Vranken in zaken waarin het inslaan van nieuwe of nog niet eerder begane wegen aan de orde is (hetgeen bij het formuleren van een nieuwe gezichtspuntencatalogus het geval is, JQ), in het kader van de motivering van de uitspraak meer van de Hoge Raad worden

---

<sup>112</sup> Wolters 2013, p. 32, onder verwijzing naar de noot van Bloembergen onder het arrest Rouwhof/Eternit (HR 28 april 2000, NJ 2000, 431).

verwacht dan van andere rechtscolleges, aangezien de Hoge Raad bij uitstek belast is met de zorg voor het bevorderen van de rechtsontwikkeling. Vranken heeft daaraan toegevoegd dat dit veronderstelt dat de Hoge Raad die leiding op zich neemt en de richting aangeeft.<sup>113</sup> Ook Martens heeft erop gewezen dat vooral het leiding geven aan de rechtsontwikkeling bijzondere eisen stelt aan de motivering van uitspraken van de Hoge Raad, teneinde voor hen die met de nieuwe of gepreciseerde norm moeten werken, waaronder in de eerste plaats de lagere rechter en de advocatuur, zoveel mogelijk duidelijkheid te scheppen.<sup>114</sup>

Hoewel de hierboven genoemde bundel inmiddels al weer 20 jaar geleden werd uitgebracht, is hetgeen Vranken en Martens hebben geschreven nog steeds actueel. Iedere keer dat de Hoge Raad een nieuwe gezichtspunten-catalogus formuleert dan wel een bestaande catalogus (verder) uitwerkt, zal hij er goed aan doen zich af te vragen of de diverse gezichtspunten wel zo duidelijk zijn als ze op het eerste gezicht (soms) lijken. Indien dat niet het geval is en de desbetreffende factor op diverse manieren kan worden geïnterpreteerd, zou het goed zijn wanneer daarbij tekst en uitleg wordt gegeven, zodat voor degenen die met de gezichtspunten-catalogus moeten werken in ieder geval duidelijk is wat de Hoge Raad met het gezichtspunt heeft bedoeld. Dat is uiteindelijk van belang om de factor in de afweging te betrekken op de wijze die de Hoge Raad voor ogen stond.

Ik wijs in dit verband nog op paragraaf 2.4.1.3, waarin het – ook hiervoor genoemde – arrest van de Hoge Raad van 1 oktober 2010<sup>115</sup> is besproken. Dit arrest ging over de vraag of een uitkering krachtens een ongevallenverzekering ex art. 6:100 BW in mindering moest worden gebracht op de schadevergoeding die het slachtoffer van een ernstig bedrijfsongeval ontving. De Hoge Raad formuleerde in dit arrest niet een typische gezichtspunten-catalogus, waarbij allereerst wordt geoordeeld dat het antwoord op voornoemde vraag afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval, waarna een aantal factoren wordt genoemd die in dat verband van belang (kunnen) zijn. Nee, de Hoge Raad kwam met een lijst die voornamelijk uit vuistregels is opgebouwd. Ik verwijs verder naar paragraaf 2.4.1.3, waar deze lijst is vermeld.

Opvallend aan het arrest is dat de Hoge Raad niet alleen zes factoren heeft genoemd die van belang zijn, ook is duidelijk gemaakt hoe daaraan invulling moet worden gegeven. Zo overwoog de Hoge Raad ten aanzien van de

---

<sup>113</sup> Vranken 1993, p. 242 en 243.

<sup>114</sup> Martens 1993, p. 137, 138 en 141.

<sup>115</sup> JAR 2010/272.

eerstgenoemde factor, dat van verrekening in het algemeen alleen dan sprake zal kunnen zijn, indien de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden als die waarvoor de partij die zich op de voordeelsverrekening beroept, aansprakelijk is. Hoewel sprake is van een vuistregel, waarop dus wel een uitzondering mogelijk is, is deze overweging wel wat concreter en biedt deze heel wat meer duidelijkheid dan in het geval de Hoge Raad bijvoorbeeld had overwogen dat de vraag of verrekening aan de orde is, onder meer afhangt van de aard van de uitkering, of iets dergelijks. Bij een dergelijk gezichtspunt zou onmiddellijk de vraag rijzen wat er precies wordt bedoeld. De Hoge Raad kan dus (meer) richting geven door de relevant geachte factor van een toelichting te voorzien. Dat kan, zoals in het arrest uit 2010, door het formuleren van een vuistregel, waarmee ook direct wordt aangegeven in welke richting (in dit geval wel of geen verrekening) de factor wijst. En dat komt, het zij herhaald, de voorspelbaarheid weer ten goede.

#### **7.3.4 Nadruk op bepaalde gezichtspunten**

Dat duidelijkheid wordt verschaft over de wijze waarop een bepaald gezichtspunt moet worden geïnterpreteerd, zegt nog niets over de wijze waarop dat gezichtspunt in de uiteindelijke afweging van de diverse relevante factoren moet worden gewogen. Met andere woorden, wat het relatieve gewicht van het gezichtspunt ten opzichte van andere relevante factoren is, blijft onduidelijk.

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat de afweging van gezichtspunten aan de feitenrechter is voorbehouden.<sup>116</sup> De uitkomst van die weging is niet iets waarover met vrucht in cassatie kan worden geklaagd. Dat doet er niet aan af dat de Hoge Raad wel de nadruk op bepaalde factoren kan leggen en daardoor duidelijk kan maken dat die in beginsel zwaarder dienen te wegen. Dat kan op verschillende manieren.

Allereerst is het mogelijk om, zoals in de praktijk ook gebeurt, een gedeeltelijk imperatieve lijst met gezichtspunten te formuleren. Dat betekent dat de rechter – afhankelijk ook van wat partijen hebben gesteld – gehouden is om in ieder geval de verplicht voorgeschreven factor(en) in de afweging mee te nemen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het eerste gezichtspunt uit het arrest Schrijver/Van Essen (de aard en ernst van hetgeen de werkgever als dringende reden aanmerkt), welke factor in tegenstelling tot de andere in het arrest

---

<sup>116</sup> Zie de paragrafen 4.6.4 en 7.2.4.

genoemde gezichtspunten een imperatief karakter heeft.<sup>117</sup> Daaruit moet naar mijn oordeel worden afgeleid dat het gezichtspunt door de Hoge Raad zo belangrijk wordt gevonden dat dit in ieder geval niet mag worden gemist. Immers, anders had de Hoge Raad de desbetreffende factor niet verplicht voorgeschreven. Deze belangrijkheid zal ook zijn weerslag (moeten) hebben op het aan het gezichtspunt toe te kennen gewicht.

Een andere mogelijkheid is dat de Hoge Raad uitdrukkelijk aangeeft aan welke factoren in de regel meer gewicht toekomt. Ook Verheij heeft hierop gewezen in zijn preadvies voor de NJV. Verheij heeft uiteengezet dat de Hoge Raad achter sommige gezichtspunten als het ware een sterretje kan plaatsen, waaruit volgt dat die factoren zwaarder wegen dan wel zelfs van doorslaggevend gewicht zijn. Dat geeft de feitenrechter meer houvast dan lijsten met gezichtspunten waarvan het relatieve gewicht niet duidelijk is.<sup>118</sup> De Hoge Raad kan hierdoor sturing geven aan de rechtsontwikkeling. Dat past, zo schreef Verheij, bij zijn functie en verschaft meer duidelijkheid aan lagere rechters en partijen.<sup>119</sup>

Een voorbeeld in dit verband biedt het – ook al eerder aangehaalde – arrest van de Hoge Raad van 17 december 2010,<sup>120</sup> inzake de dijkdoorbraak bij Wilnis. Nadat de Hoge Raad de vraag, of de onderhavige veendijk als een opstal in de zin van art. 6:174 BW moet worden aangemerkt, bevestigend had beantwoord, kwam de vraag aan de orde of deze opstal gebrekkig was. In dat verband heeft de Hoge Raad een aantal gezichtspunten geformuleerd. Interessant wordt het vooral daar waar de Hoge Raad heeft overwogen dat de in zijn arrest genoemde factoren in voorkomend geval in uiteenlopende richting wijzen, maar dat daarbij aantekening verdient dat de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de dijk zwaarwegende factoren zijn die kunnen meebrengen dat daartegenover aan andere omstandigheden minder gewicht toekomt. Van de lijst met gezichtspunten heeft de Hoge Raad er enkele uitgepikt en aan deze factoren een zwaarder gewicht meegegeven.

Voor al deze laatste, overigens nog zeer weinig toegepaste methode, draagt bij aan een betere voorspelbaarheid van de uitkomst van de te maken afweging.

---

<sup>117</sup> Zie paragraaf 6.3.2. Bij dit gezichtspunt moet overigens worden aangetekend dat ook niet goed denkbaar is dat de rechter een beoordeling maakt van de door de werkgever gestelde dringende reden zonder zich daarbij uit te laten over de aard en ernst daarvan. Zie in gelijke zin Sagel 2013, p. 272.

<sup>118</sup> Verheij 2013, p. 117.

<sup>119</sup> Idem, p. 118.

<sup>120</sup> NJ 2012, 155, m.nt. T. Hartlief.

Hoe meer duidelijkheid wordt verschaft over het onderlinge gewicht van de diverse relevante factoren, des te beter is een goede voorspelling te maken van de uiteindelijke uitkomst van de afweging.<sup>121</sup> Het zou zo kunnen zijn dat niet in iedere gezichtspuntencatalogus bepaalde factoren onmiddellijk in het oog springen als de meest wezenlijke en daardoor zwaar(der)wegende omstandigheden. Wel zal er steeds aandacht voor dit aspect moeten zijn. Indien het namelijk wel mogelijk is om iets te zeggen over de onderlinge rangorde van de gezichtspunten – al was het maar bij wijze van vuistregel –, dan verdient het aanbeveling dat de Hoge Raad zich ook over het onderlinge gewicht van de gezichtspunten uitlaat, zodat meer duidelijkheid kan worden gecreëerd, hetgeen de voorspelbaarheid ten goede zal komen.

### **7.3.5 Gesloten in plaats van open gezichtspunten**

In paragraaf 2.4.5.1 is het onderscheid tussen open en gesloten gezichtspunten (naar analogie van open en gesloten vragen) besproken. Kort gezegd, komt het erop neer dat gesloten gezichtspunten uitsluitend met ‘ja’ of ‘nee’ kunnen worden beantwoord. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het zesde gezichtspunt uit het arrest Van Hese/De Schelde, dat de vraag aan de orde stelt of de aansprakelijkheid nog door verzekering is gedekt. Bij dit gezichtspunt zijn er, zo is ook in paragraaf 5.3.7 naar voren gebracht, slechts twee keuzemogelijkheden. Of de aansprakelijkheid is nog wel of niet (meer) door verzekering gedekt.

Gesloten gezichtspunten hebben een redelijk groot richtinggevend karakter. Wanneer de in een bepaald gezichtspunt besloten liggende vraag is beantwoord (met ‘ja’ of ‘nee’), is vrij snel duidelijk in het voordeel van welke partij het gezichtspunt dient te worden meegewogen. Reeds in 1981 schreef Korthals Altes dat gezichtspunten de rechter over het algemeen zeer weinig steun bieden bij zijn beslissing, maar dat dat anders ligt voor gezichtspunten die vragen opwerpen die met een eenvoudig ‘ja’ of ‘nee’ kunnen worden beantwoord.<sup>122</sup>

Dat is anders bij open gezichtspunten, waarbij het vaak gaat om ‘meer of minder’.<sup>123</sup> Een voorbeeld van deze categorie betreft vragen naar de mate waarin iets aan de orde is, zoals bijvoorbeeld bij het derde gezichtspunt uit Van Hese/De Schelde (de mate waarin de gebeurtenis de aansprakelijke kan worden

---

<sup>121</sup> Zie hierover ook Houweling 2011, p. 477.

<sup>122</sup> Korthals Altes 1981, p. 56 e.v.

<sup>123</sup> Zie daarover ook Nieuwenhuis 1992, p. 285. Zie ook Wolters, die schreef dat de invloed van veel factoren niet afhankelijk is van het antwoord op de vraag of een bepaalde omstandigheid in het concrete geval aanwezig is, maar dat hij afhankelijk is van *de mate waarin* deze omstandigheid aanwezig is. Wolters 2013, p. 320.



verweten). Een ander voorbeeld biedt het vierde gezichtspunt uit het arrest Schrijver/Van Essen, waarbij het gaat om de wijze waarop de werknemer de dienstbetrekking heeft vervuld. Ook dat is een zogenoemd open gezichtspunt.

Het directieve karakter van open gezichtspunten is in de regel beperkter dan bij gesloten gezichtspunten. Zelfs wanneer antwoord is gegeven op een in een open gezichtspunt besloten liggende vraag, is nog niet steeds duidelijk in het voordeel van welke partij de desbetreffende factor spreekt. Ook in dit kader is namelijk relevant waar het omslagpunt wordt gelegd. Wanneer is het oplopen van mesothelioom dusdanig aan de (voormalig) werkgever te verwijten dat dit pleit voor doorbreking van de verjaringstermijn? Dat is niet steeds en in alle gevallen op voorhand duidelijk.

In paragraaf 2.4.5.1 is een middencategorie benoemd. Dat zijn gezichtspunten met een keuzemogelijkheid die verder gaat dan slechts een 'ja' of 'nee' (zoals bij gesloten gezichtspunten). Anders dan bij open gezichtspunten is de invulling ook niet helemaal vrij, maar wordt zij ingeperkt doordat uit een aantal – uit het gezichtspunt voortvloeiende – opties moet worden gekozen. Een voorbeeld van deze categorie biedt het arrest Van Hese/De Schelde, dat als relevant gezichtspunt de vraag aan de orde stelt of de schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde. Hier moet dus uit drie mogelijkheden worden gekozen.

Aangezien gesloten gezichtspunten duidelijk(er) aangeven in welke richting de desbetreffende factor wijst (in het voordeel van welke partij het in de beoordeling moet worden meegewogen), verdient het aanbeveling om bij het formuleren van een gezichtspuntencatalogus te bezien of het hanteren van gesloten gezichtspunten (of gezichtspunten met een beperkt aantal opties) tot de mogelijkheden behoort.

### **7.3.6 Zo weinig mogelijk neutrale gezichtspunten**

Het directieve karakter van gezichtspunten hangt niet alleen af van de vraag of we te maken hebben met open of gesloten gezichtspunten, maar het sturende karakter hangt ook samen met de vraag of de in aanmerking te nemen factoren neutraal, bevrijdend dan wel belastend van aard zijn. Neutrale gezichtspunten zijn, zo kwam ook in paragraaf 2.4.5.2 aan de orde, factoren die, ook wanneer deze aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden zijn ingekleurd, niet duidelijk maken in welke richting zij wijzen, voor welke partij zij spreken.

De duur van het dienstverband, als gezichtspunt genoemd in het arrest Schrijver/Van Essen, is op het eerste gezicht een neutraal gezichtspunt. Immers, indien bijvoorbeeld is vastgesteld dat de werknemer 25 jaar in dienst is geweest,

zegt dat nog niet of deze omstandigheid in het voordeel van de werknemer of juist in het voordeel van de werkgever pleit. Voor beide standpunten zijn argumenten aan te dragen.<sup>124</sup> Hoewel het onderhavige gezichtspunt in de lagere rechtspraak in de regel in het voordeel van de werknemer in de afweging wordt meegenomen, is dat niet altijd het geval. In sommige uitspraken droeg de duur van het dienstverband namelijk bij aan de conclusie dat wel sprake was van een dringende reden voor ontslag op staande voet.<sup>125</sup>

Sagel heeft zich, zo is ook hierboven beschreven, op het standpunt gesteld dat de duur van het dienstverband (in combinatie met de wijze waarop de dienstbetrekking is vervuld), uitsluitend een ‘verzachtend effect’ kan hebben in die zin dat het alleen kan bijdragen aan het oordeel dat van een dringende reden geen sprake. Zoals hiervoor is vermeld wordt het gezichtspunt niet in alle zaken ook op deze wijze uitgelegd, maar strekt het soms ten nadele van de werknemer. Indien de Hoge Raad bedoeld zou hebben dat de duur van het dienstverband uitsluitend als een (voor de werknemer) bevrijdend gezichtspunt zou fungeren, dan was het goed geweest indien de Hoge Raad dat ook met zoveel woorden kenbaar had gemaakt. Nu blijft het speculeren, terwijl de lagere rechtspraak het gezichtspunt niet steeds eenduidig toepast.

Of iets een bevrijdend of belastend gezichtspunt is kan ook blijken uit de aard van de desbetreffende factor. Reeds eerder kwam naar voren dat de gevolgen voor de werknemer van een ontslag op staande voet, uitsluitend kunnen bijdragen aan het oordeel dat geen sprake is van een dringende reden. De persoonlijke omstandigheden van de werknemer – het laatste gezichtspunt uit het arrest Schrijver/Van Essen – hebben dan ook een (voor de werknemer) bevrijdend of ontlastend karakter.<sup>126</sup> Iets anders is dat de gevolgen beperkt kunnen zijn, waardoor het gezichtspunt minder gewicht (ten voordele van de werknemer) in de weegschaal legt.<sup>127</sup> Daarmee krijgt deze factor echter nog geen belastend karakter.

Wanneer, zoals bij neutrale gezichtspunten, niet duidelijk is in het voordeel van welke partij zij pleiten, is het lastig om in te schatten hoe de rechter met die factoren zal omgaan, hoe hij deze in de afweging zal betrekken. Om die reden is het raadzaam zo min mogelijk neutrale gezichtspunten te formuleren. Daar zal niet steeds aan kunnen worden ontkomen, maar indien de Hoge Raad bij het

---

<sup>124</sup> Zie paragraaf 2.4.5.2.

<sup>125</sup> Zo is niet alleen in paragraaf 6.3.4, maar ook hiervoor (in paragraaf 7.3.3) uiteengezet.

<sup>126</sup> Zie hierover ook de paragrafen 2.4.5.2 en 6.3.6.

<sup>127</sup> Paragraaf 6.3.6.

formuleren van een gezichtspuntencatalogus van oordeel is dat een bepaalde factor uitsluitend in het voordeel van één van de partijen kan werken, heeft het de voorkeur dat dat ook met zoveel woorden wordt aangegeven. Dat schept duidelijkheid, waardoor niet alleen partijen, maar ook de rechter (beter) weet waar zij (hij) aan toe zijn (is). Indien men niet hoeft af te wachten ten gunste van welke partij een bepaalde factor zal worden meegewogen, maar wanneer daarover op voorhand duidelijkheid bestaat, zal ook dat de voorspelbaarheid van de uitkomst ten goede komen.

### 7.3.7 Strengere motiveringseisen

In paragraaf 7.2.2 is als één van de oorzaken van de geringe voorspelbaarheid van de uitkomsten van zaken die aan de hand van een gezichtspuntencatalogus (moeten) worden afgedaan, genoemd dat niet zelden sprake is van een ondeugdelijke motivering, in die zin dat onvoldoende inzicht wordt geboden in de gedachtegang die de rechter tot zijn oordeel heeft gebracht. In het kader van de toepassing van een gezichtspuntencatalogus zal niet alleen moeten worden aangegeven welke factoren de rechter in zijn beoordeling heeft betrokken, maar ook op welke wijze dat is gebeurd, met andere woorden: hoe de verschillende gezichtspunten tegen elkaar zijn afgewogen.<sup>128</sup> Een veel gehoord punt van kritiek is dat uitspraken waarin met door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspuntencatalogi wordt gewerkt, vaak niet deugdelijk gemotiveerd zijn.<sup>129</sup> Mijn bevindingen in de hoofdstukken 5 en 6 ondersteunen deze kritiek.<sup>130</sup>

Dat deugdelijke motiveringen kunnen bijdragen aan een betere voorspelbaarheid is ook beschreven door Sagel en Verhulp. Zoals geciteerd in paragraaf 4.5.1 schreven zij dat de strenge rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de motivering van de dringende reden ertoe moeten leiden dat de lagere rechters hun beslissingen daadwerkelijk (gaan) voorzien van een uitvoerige motivering die inzichtelijk maakt op welke wijze de verschillende aspecten en belangen die bij een ontslag zijn betrokken, worden gewogen. Dat maakt niet alleen de aanvaardbaarheid van de beslissing groter, maar draagt met name ook bij aan een grotere voorspelbaarheid van opvolgende beslissingen. Als rechters goed motiveren, zo vervolgden Sagel en Verhulp, hoe ‘verzachtend’ respectievelijk ‘verzwarend’ bepaalde als ‘verzachtende’ respectievelijk ‘verzwarende’ omstandigheden aangevoerde feiten door de rechter worden getaxeerd en hoeveel gewicht de verschillende omstandigheden in de weegschaal

<sup>128</sup> Voor een nadere bespreking van de motiveringsplicht verwijs ik naar paragraaf 4.5.

<sup>129</sup> Paragraaf 2.7.2.7.

<sup>130</sup> Zie in het bijzonder de paragrafen 5.5 en 6.5.

leggen, zal dat de voorspelbaarheid van de dringende reden in volgende gevallen alleen maar vergroten.<sup>131</sup>

Ook in zijn proefschrift heeft Sagel gewezen op het belang van deugdelijke motiveringen. Sagel heeft uiteengezet dat de strenge rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de motivering van de dringende reden ertoe zou moeten leiden dat de lagere rechters hun beslissingen daadwerkelijk (gaan) voorzien van een uitvoerige motivering die inzichtelijk maakt op welke wijze de verschillende aspecten en belangen die bij een ontslag zijn betrokken, worden gewogen.<sup>132</sup> Elders in zijn proefschrift heeft Sagel geschreven dat de Hoge Raad verlangt dat rechters de afweging inzake de dringende reden gedegen motiveren en daarin daadwerkelijk op kenbare wijze rekening houden met de gestelde feiten en omstandigheden. De motiveringslat ligt volgens Sagel hoog, hetgeen betekent dat 'sjabloonmatige' motiveringen waarin niet meer wordt gedaan dan verwijzen naar *de* omstandigheden van het geval niet volstaan.<sup>133</sup> Uit mijn onderzoek komt naar voren dat motiveringen waarin staat dat 'alle omstandigheden in aanmerking genomen...' of 'alles overziende...' een bepaalde uitkomst gerechtvaardigd is, de overhand hebben. De zaken waarin de rechter daadwerkelijk inzicht geeft in de door hem gemaakte afweging, zijn sterk in de minderheid.<sup>134</sup> Hetzelfde beeld geeft de lagere rechtspraak waarin de gezichtspunten-catalogus uit het arrest Van Hese/De Schelde een rol speelt.<sup>135</sup> Inderdaad valt er op het terrein van de motivering nog behoorlijk wat te verbeteren.

Het voorgaande is in lijn met hetgeen Wolters in zijn proefschrift over de omstandigheden van het geval in het kader van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid naar voren heeft gebracht. Wolters heeft uiteengezet dat verwijzingen naar relevante omstandigheden duidelijkheid creëren, maar dat er nog wel veel ruimte voor verbetering ligt. De rechter dient zich volgens Wolters niet te beperken tot een opsomming van de relevante factoren, maar hij dient zijn oordeel te motiveren met een beroep op factoren die in het concrete geval de voorkeur verdienen.<sup>136</sup> Wolters heeft verder naar voren gebracht dat een

---

<sup>131</sup> Sagel & Verhulp 2005, p. 105-106. Zie in dezelfde bewoordingen Sagel 2013, p. 259.

<sup>132</sup> Sagel 2013, p. 259.

<sup>133</sup> Idem, p. 361.

<sup>134</sup> Paragraaf 6.4.

<sup>135</sup> Waaroever paragraaf 5.5.

<sup>136</sup> Volgens Wolters zijn het de factoren die duidelijk en direct zijn die de voorkeur verdienen. Een beroep op een bepaalde factor is duidelijk als het verklaart waarom en hoe die factor de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. Een beroep is direct als de invloed van de factor niet afhankelijk is van andere factoren. Zie voor een en ander Wolters 2013, p. 44-45, alsmede p. 311.

opsomming van de relevante factoren onvoldoende duidelijk is. De rechter dient aan te geven waarom een bepaalde factor van belang is en welke factoren in het concrete geval het meeste gewicht in de schaal leggen.<sup>137</sup> De deelnemers aan het rechtsverkeer kunnen dankzij de motivering dan rekening houden met de rol van de diverse relevante factoren.<sup>138</sup>

Ook Van den Brink heeft aandacht gevraagd voor de motivering van uitspraken waarin een gezichtspuntencatalogus een rol speelt. Volgens Van den Brink tekent zich in de feitenrechtspraak af dat de uitspraken op een nogal eenduidige wijze worden gemotiveerd. In een vooropstelling verschijnt de te maken afweging (in de door de wet of de Hoge Raad aangereikte) formulering, afgesloten met de ‘alle omstandigheden’-frase en een letterlijke weergave van de daarbij door de Hoge Raad genoemde omstandigheden. Vervolgens somt de rechter een aantal concrete omstandigheden van het voorliggende geval op, waarna hij een streep zet en zegt wie van de partijen gelijk krijgt. Met zo’n opsomming, gevolgd door een conclusie, kopieert de feitenrechter – aldus nog steeds Van den Brink – het sjabloon van de Hoge Raad, maar vergeet hij dat hij, anders dan de Hoge Raad, wel expliciet over de feiten mag en moet oordelen. De rechter maakt wel zichtbaar wat is meegewogen, maar niet wat in het specifieke geval de doorslag gaf. Al deze bewoordingen verworpen zo tot een loutere opsomming gevolgd door een machtswoord.<sup>139</sup> Van den Brink heeft voorts uiteengezet dat de keuze van de feitenrechter voor nevenschikkende opsommingen een ongewenst neveneffect lijkt van de ‘alle omstandigheden van het geval’-jurisprudentie. De rechter is bevreesd bepaalde omstandigheden uit het geheel te lichten, en somt dus braaf alles op. ‘Cassatieproof’ zijn dergelijke opsommingen veelal wel,<sup>140</sup> maar voor de verdere rechtsontwikkeling (door de feitenrechter en de Hoge Raad) bieden zij weinig aanknopingspunten. Van den Brink heeft er dan ook voor gepleit dat de feitenrechter de moeite neemt ook inzichtelijk te maken hoe zwaar bepaalde omstandigheden voor hem wegen en wat nu uiteindelijk in het concrete geval de doorslag heeft gegeven.<sup>141</sup>

Een vergelijkbaar geluid vanuit de rechterlijke macht komt van Ahsmann. Zij schreef dat ook als de feiten en de stand van het recht ongeveer

---

<sup>137</sup> Wolters 2013, p. 339.

<sup>138</sup> Idem, p. 338.

<sup>139</sup> Zie in dit verband ook Barendrecht 1992, p. 12, waar is geschreven dat de motivering van een op redelijkheid en billijkheid gebaseerd rechterlijk oordeel vaak niets meer is dan een ‘machtswoord gekoppeld aan de vaststelling van de feiten’. Onlangs schreef Bakker dat hij geneigd is Barendrecht daarin te volgen. Bakker 2013, p. 178.

<sup>140</sup> Zie ook paragraaf 4.6.4, waar uiteen is gezet dat het maken van de afweging aan de hand van de gezichtspunten aan de feitenrechter is voorbehouden.

<sup>141</sup> Van den Brink 2012, p. 2.

helder zijn, de uitkomst van een zaak het resultaat van een keuze kan zijn. Daarbij valt te denken aan belangenafwegingen, het invullen van open normen en het berechten van nieuwe kwesties. Dit zijn zaken waarin, zo is in paragraaf 2.4.2 vermeld, gezichtspuntencatalogi goed kunnen worden toegepast. Als ‘gereedschap’ om tot oordeelsvorming te komen, is het (voor de rechter), zo schreef Ahsmann, raadzaam rechtspraak en/of literatuur te raadplegen. Daar kan de rechter nadere verfijningen en concretisering vinden die hem helpen zich een mening te vormen. Uiteindelijk zal de rechter gewoon de knoop moeten doorhakken en motiveren *hoe* hij tot zijn oordeel is gekomen.<sup>142</sup>

Dat deugdelijke motiveringen tot een grote(re) voorspelbaarheid van de uitkomst van toekomstige zaken kunnen leiden, wordt ook door de Hoge Raad onderkend. In het arrest Van de Grijp/Stam,<sup>143</sup> waarin de Hoge Raad oordeelde dat de kantonrechtersformule niet kan dienen als maatstaf om de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag vast te stellen, overwoog hij:

‘Hoewel de door het hof beoogde voorspelbaarheid van dit soort frequent voorkomende beslissingen, mede in verband met de rechtszekerheid, een belangrijk gezichtspunt is, kan ook daarin niet een rechtvaardiging worden gevonden voor het hanteren van een zo globale maatstaf dat afbreuk wordt gedaan aan de hiervoor uiteengezette aard van de vergoeding en de daarmee samenhangende wijze van begroting ervan. Uit het hierboven overwogene volgt dat de voorspelbaarheid van beslissingen waarbij deze vergoeding wordt toegekend, in belangrijke mate afhankelijk is van het inzicht dat de rechter geeft in de wijze waarop deze beslissingen tot stand zijn gekomen, met name wat betreft de factoren die bij de bepaling van de vergoeding een rol spelen. Daarbij is overigens denkbaar dat de rechters die over deze vergoedingen beslissen, een zekere mate van harmonisatie tot stand brengen door de van belang zijnde factoren duidelijk te benoemen en door inzichtelijk te maken welke financiële gevolgen in soortgelijke gevallen eventueel aan de verschillende factoren kunnen worden verbonden, zonder dat zij één bepaalde algemene vuistregel hanteren.’<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> Ahsmann 2011, p. 171.

<sup>143</sup> HR 27 november 2009, JAR 2009/305.

<sup>144</sup> R.o. 4.6 uit Van de Grijp/Stam. Zie voor een vergelijkbare, maar iets anders geformuleerde, overweging onderdeel 3.5.7 van HR 12 februari 2010, JAR 2010/72 (Rutten/Breed).

Moet de Hoge Raad dan alle uitspraken waarin niet deugdelijk is gemotiveerd, in die zin dat geen inzicht wordt geboden in de gedachtegang van de rechter, vernietigen? Ook over deze vraag hebben Sagel en Wolters zich uitgelaten.

Sagel heeft naar voren gebracht dat de motiveringslat ter zake van de dringende reden in het algemeen hoog ligt en dat dit kan meebrengen dat gewichtige omstandigheden die in de procedure naar voren zijn gekomen, maar waarop niet uitdrukkelijk een beroep is gedaan ter onderbouwing van het betoog dat geen sprake is van een dringende reden, in de motivering moeten worden betrokken. Echter, indien de materiële uitkomst waartoe de appelrechter is gekomen de Hoge Raad aanspreekt, wordt er – zo vervolgt Sagel – nog wel eens een kleine plooi gladgestreken en iets als ‘kennelijk meegewogen’ beschouwd wat niet met zoveel woorden is benoemd.<sup>145</sup>

Wolters gaat verder in zijn proefschrift. Hij heeft erop gewezen dat een vernietiging van het oordeel van de lagere rechter – wegens een ontoereikende motivering – in veel gevallen niet tot een afwijkende einduitspraak zal leiden. De rechter die de zaak na verwijzing<sup>146</sup> moet beoordelen kan tot dezelfde beslissing komen. Een vernietiging van het oordeel van de lagere rechter kan in zo’n geval tot een onnodige verlenging van de procedure leiden. Naar het oordeel van Wolters dient de Hoge Raad de uitspraak van de lagere rechter in een dergelijke situatie niet te vernietigen. Wel dient de Hoge Raad, volgens Wolters, duidelijk te maken dat de uitspraak van de lagere rechter, hoewel ‘niet onbegrijpelijk’, niet optimaal is, waarbij de Hoge Raad in zijn motivering moet aangeven welke factoren in vergelijkbare gevallen de voorkeur verdienen. De Hoge Raad stelt de lagere rechters op deze manier in staat om een oordeel over de werking van de redelijkheid en billijkheid – waar het proefschrift van Wolters over gaat – in toekomstige gevallen duidelijker te motiveren. Hij kan zo duidelijkheid creëren, zonder te zorgen voor onnodige verlengingen van rechterlijke procedures.<sup>147</sup>

Hoewel dit voorstel van Wolters op het eerste gezicht aantrekkelijk voorkomt, verdient het naar mijn oordeel geen navolging. Het zou wellicht een oplossing kunnen bieden voor de gevallen die nog net de motiveringslat halen. Die uitspraken zou de Hoge Raad in stand kunnen laten, waarbij de Hoge Raad zou kunnen laten doorschemeren dat de motivering aan de magere kant is. Dat ligt anders voor de zaken waarin de rechter geen inzicht heeft geboden in zijn gedachtegang, door na te laten aan te geven welke omstandigheden hij in

---

<sup>145</sup> Sagel 2013, p. 258.

<sup>146</sup> Zie daarover paragraaf 4.6.3.

<sup>147</sup> Wolters 2013, p. 341.

ogenschouw heeft genomen en vooral ook hoe die factoren in de uiteindelijke beslissing hebben meegewogen. Ook al is de uitkomst (bijvoorbeeld wel of geen dringende reden) in de ogen van de Hoge Raad de juiste, indien een uitspraak van een lagere rechter de motiveringslat evident niet haalt en een voldoende motivering ook niet in zijn oordeel kan worden 'ingelezen', dient vernietiging te volgen. Dat zal in het begin mogelijk wat verwijzingszaken opleveren, die in materieel opzicht (inderdaad) tot dezelfde uitkomst kunnen leiden, maar alleen op deze wijze wordt duidelijk dat de Hoge Raad zwaar tilt aan een deugdelijke motivering van zaken die op basis van een gezichtspuntencatalogus worden afgedaan. Na verloop van tijd, zal dit tot een daadwerkelijke verbetering van de kwaliteit van motiveringen leiden.

Bovendien pleit tegen het voorstel van Wolters dat, wanneer de Hoge Raad zich moet uitlaten over de gewenste materiële uitkomst van de zaak, hij zich dan wel nadrukkelijk zal moeten bezig houden met een beoordeling en afweging van de diverse gezichtspunten en daarmee met de feiten en omstandigheden van het geval. De aan de hand van de relevante factoren te maken afweging is echter aan de feitenrechter voorbehouden. De Hoge Raad zal dat zo moeten laten.

Al met al is er veel voor te zeggen dat de Hoge Raad de motiveringen van lagere uitspraken waarin een gezichtspuntencatalogus speelt (nog) strenger gaat toetsen. Pas dan kan worden 'afgedwongen' dat niet alleen uit de doeken wordt gedaan met welke relevante omstandigheden de rechter rekening heeft gehouden, maar ook hoe de verschillende factoren aan zijn uiteindelijke oordeel hebben bijgedragen. Dat is niet alleen zeer prettig voor de bij de desbetreffende procedure betrokken partijen, maar is ook van groot belang voor de voorspelbaarheid van de uitkomst van toekomstige zaken.

#### **7.4 Conclusie**

Uit mijn onderzoek is naar voren gekomen dat gezichtspuntencatalogi, wanneer geen scherpe(re) regel kan worden gegeven, goede diensten kunnen bewijzen waar het aankomt op het vervullen van de daaraan toegedichte functies. Dat is met name het geval waar het gaat om het scheppen van duidelijkheid, het helpen invulling te geven aan open normen en evaluatieve begrippen, alsmede bij het toetsen van gemengde beslissingen in cassatie. Vooral waar met gezichtspuntencatalogi wordt beoogd uitkomsten van procedures beter voorspelbaar te maken,



valt naar mijn oordeel een verbetering te maken.<sup>148</sup> Deze functie wordt slechts in zeer beperkte mate vervuld.

De eerste onderzoeksvraag, of gezichtspuntencatalogi bewerkstelligen wat er mee wordt beoogd, dient dan ook deels bevestigend en deels ontkennend te worden beantwoord. Bevestigend voor zover het de eerste drie onderscheiden functies betreft, maar ontkennend waar het gaat om het beter voorspelbaar maken van de uitkomst van juridische procedures.

De tweede onderzoeksvraag, of er manieren zijn aan te wijzen waarop kan worden bewerkstelligd dat gezichtspuntencatalogi wél datgene bereiken wat met de toepassing ervan wordt beoogd, dient bevestigend te worden beantwoord. Gezichtspuntencatalogi kunnen namelijk (nog) beter aan de daaraan toegedichte functies voldoen indien meer duidelijkheid wordt verschaft over de wijze waarop met gezichtspunten moet worden omgegaan. Dat kan door aan te geven waarom voor bepaalde gezichtspunten is gekozen en door het zo scherp mogelijk formuleren van de relevante factoren. De Hoge Raad zou – waar mogelijk – ook meer helderheid kunnen verschaffen over het onderlinge gewicht van de diverse gezichtspunten uit een catalogus. Wanneer niet alleen duidelijk(er) wordt hoe een bepaalde factor moet worden geïnterpreteerd, maar ook hoe deze in de door de rechter te maken afweging moet worden betrokken, zal dat de voorspelbaarheid van de uitkomst van zaken die aan de hand van een gezichtspuntencatalogus (moeten) worden afgedaan, zeker ten goede komen. Essentieel daarbij is wel dat de lagere rechters hun beslissingen beter gaan motiveren, door niet alleen te vermelden *welke* omstandigheden in de beoordeling zijn betrokken, maar ook *hoe* dat is gebeurd. De Hoge Raad zou streng(er) op het naleven van deze motiveringsplicht moeten toezien.

Deze in paragraaf 7.3 uitgewerkte aanbevelingen zijn niet alleen relevant voor de arbeidsrechtelijke gezichtspuntencatalogi, maar hebben een breder bereik. Uit de hoofdstukken 2 en 3 volgt namelijk dat de wijze waarop de Hoge Raad binnen het arbeidsrecht omgaat met en invulling geeft aan gezichtspuntencatalogi niet wezenlijk verschilt van de manier waarop dat elders in het materiële civiele recht gebeurt. Dat geldt, zo is in paragraaf 3.4 beschreven, bijvoorbeeld voor de soort zaken waarin we gezichtspuntencatalogi aantreffen, de soort catalogi die de Hoge Raad heeft geformuleerd, de soort

---

<sup>148</sup> Die onvoorspelbaarheid speelt niet alleen een rol bij de in dit boek behandelde onderwerpen, zoals het ontslag op staande voet. Het is een ruimer geconstateerd probleem. Zo liet I. de Laat in het magazine voor juristen *Mr.* optekenen dat het niet zo best gesteld is met de rechtseenheid in arbeidssaken. Vooral bij sommige onderwerpen, zoals ontslag bij ziekte, moet zij, zo is tevens vermeld, aan haar cliënten zeggen dat het kan vriezen en kan dooien. Fenstra 2013, p. 65.

gezichtspunten die hij heeft genoemd, alsmede voor de gebruikte formuleringen. Dat is ook in lijn met de constatering van Duk, dat de Hoge Raad – waar het gaat om het formuleren van vuistregels en gezichtspunten – het arbeidsovereenkomstenrecht niet wezenlijk anders benadert dan hij als civiele cassatierechter meer in het algemeen doet.<sup>149</sup> Omgekeerd geldt dat hetgeen hiervoor met betrekking tot arbeidsrechtelijke gezichtspuntencatalogi werd opgemerkt, ook voor andere civielrechtelijke deelgebieden van belang kan zijn.

---

<sup>149</sup> Duk 2009b, p. 26-27.

## Summary

This research deals with viewpoint catalogues (*gezichtspuntencatalogi*), which are regularly applied by the Supreme Court of the Netherlands since 1960's, particularly in civil law. A viewpoint catalogue is an overview of factors that are or could be relevant to a case during its judgment. These factors must be completed by the actual facts and circumstances of the case at hand.

Although many decades have passed since the viewpoint catalogue was first 'introduced' by the Supreme Court, they have never been carefully researched to determine whether these lists with relevant factors achieve what they were intended for. This doctoral thesis looks into this.

Four functions have been attributed to viewpoint catalogues: (1) creating clarity with regard to which factors are important; (2) increasing the predictability of the outcome of legal proceedings; (3) giving substance to open norms; and (4) enabling the assessment in cassation of mixed decisions.

If these functions are not or not fully realised, or if they are insufficiently realised, this raises the question of whether there are other ways to achieving or better achieving the intended goal of the viewpoint catalogue.

The second chapter of the book is a tentative study. This chapter explains in more detail that stated in the introduction, and explains what the viewpoints are, when they were first implemented and for which cases in substantive civil law – with the exception of labour law – the Supreme Court formulated the viewpoint catalogue. It also explains that by applying the viewpoint catalogues, the facts and norms blend in together as it were. When a viewpoint catalogue is applied, a certain body of facts is not assessed by a certain norm; instead a norm is applied and completed by the facts and circumstances of the case.

When we look at the viewpoint catalogues formulated by the Supreme Court, you cannot help but notice that not one catalogue is limitative. The factors used can always be completed by other relevant facts and circumstances. There are some catalogues that have a partially imperative character, which means that one or a couple of the listed viewpoints are obligatory or prescribed. Only one viewpoint catalogue is fully imperative. This concerns the Supreme Court judgment in the *Van Hese/De Schelde* case of 28 April 2000 (NJ 2000, 430). Various categories can also be distinguished at the level of individual viewpoints, both open and closed viewpoints, neutral, liberating and incriminating viewpoints, and conditional viewpoints.

The second chapter deals with the commentary in literature on the subject of viewpoint catalogues and how they are applied. Even though some authors (also) highlighted the positive aspects, most were highly critical. They

mainly discuss the fact that it is unclear how viewpoints should be interpreted and weighted, and that viewpoints provide little direction.

As a result it is difficult to predict how the lower Courts will apply the viewpoints provided by the Supreme Court. Another issue is that the judgments rendered by lower Courts with the help of viewpoint catalogues are often insufficiently justified. The judgment rendered does often state which factors the lower Court included in its judgment of the case, but fails to explain the exact weighting of these different factors.

Chapter 2 does not discuss labour law, as chapter 3 deals with the labour viewpoints formulated by the Supreme Court. This chapter explains which labour themes are incorporated in the viewpoint catalogues. This is for example relevant in cases involving a manifestly unreasonable dismissal, a summary dismissal, a transfer of a business enterprise, employer liability and a unilateral amendment of the labour conditions.

When the viewpoint catalogues discussed in chapter 3 are compared to viewpoint catalogues discussed in chapter 2, there are many similarities. These concern cases where the Supreme Court formulates viewpoint catalogues and wording applied by the Supreme Court. Labour law also does not involve limitative catalogues. The distinction between open and closed viewpoints, between neutral, liberating and incriminating viewpoints can also be made in labour law. It also has conditional viewpoints. When comparing the labour viewpoint catalogues with the case law discussed in chapter 2, the conclusion that can be drawn is that the way the Supreme Court deals with and completes the viewpoint catalogues in labour law does not, in essence, differ from the viewpoints in other substantive civil law.

Chapter 4 discusses the procedural law aspects of applying viewpoint catalogues, since the application of the viewpoint catalogues formulated by the Supreme Court not only has a substantive law effect, but also has various implications from a procedural law point of view. The rules of procedural law influence the way parties and the judge can/must deal with viewpoints. Procedural law therefore greatly influences the final outcome of the proceedings.

The following aspects are dealt with: law of evidence aspects, the addition of facts by the judge, the factual basis and the legal grounds, the obligations of parties to fully and truthfully provide any facts to the judge that are relevant to the case (Article 21 Code of Civil Procedure), the judge's obligation to provide an adequate justification for the decision and the assessment in cassation by the Supreme Court of the Netherlands.

---

Chapter 5 deals with case law of the lower Courts, and discusses the viewpoint catalogue used in the abovementioned *Van Hese/De Schelde* case of 28 April 2000. This case dealt with Mr. Van Hese, who was employed by De Schelde and came into contact with asbestos during the course of his employment. After more than 30 years after the termination of his employment at De Schelde, Mr. Van Hese was diagnosed with the disease mesothelioma, and died shortly after. In the proceedings brought by Mr. Van Hese's heirs against De Schelde, De Schelde invoked that the claim was statute-barred. The Supreme Court rendered judgment in this case and ruled there are exceptional circumstances whereby invoking that a claim is statute-barred must be considered unacceptable by standards of reason and fairness. In order to assess whether this is the case, the Supreme Court formulated a (fully imperative) list with seven viewpoints which have to be taken into consideration by the judge.

Chapter 5 discusses how the case law of lower Courts has dealt with and completes the viewpoints provided by the Supreme Court. This research shows that the approach adopted by judges of lower Courts varies greatly when it comes to the viewpoints, and it is difficult to determine a clear line. In some areas judges even differ of opinion, which means the outcome of proceedings can never be predicted.

The following viewpoint catalogue, discussed and explained in detail in chapter 6, is one that was used in the Supreme Court judgment rendered on 12 February 1999 (JAR 1999/102) in the *Schrijver/Van Essen* case. This judgment dealt with the question of whether there was a pressing reason for a summary dismissal. In answering this question, the Supreme Court also formulated a viewpoint catalogue. These viewpoints can only be said to have a limited guiding character. The first question is: which viewpoints were applied in the judgment. Next question is: how has the judge interpreted these viewpoints and how the viewpoints have been completed by the facts and circumstances of the case at hand. And finally, the factors were weighted against each other, followed by the Court's judgment of whether or not there was a pressing and justifiable reason for summary dismissal. All these steps make it very difficult to make a correct assessment of the outcome of the proceedings beforehand.

In cases involving a summary dismissal Courts also often include other factors which were not applied in the *Schrijver/Van Essen* case. It is often not clear beforehand whether a Court will do so, and if so, how much these factors will influence the final judgment of the Court. This makes it all the more difficult to correctly estimate whether or not a case involves a pressing reason. Add to this the fact that lower Courts do make clear which viewpoints it

included in its judgment, but often fail to make clear in what way and what their considerations were. These brief justifications hardly contribute to the predictability of future cases.

Chapter 7 goes back to the research questions. The four functions attributed to the viewpoint catalogues are listed above. My research shows that viewpoint catalogues, in the absence of a clearer rule, can be a good tool when it comes to completing the functions attributed to the viewpoint catalogues. This is particularly true when it comes to gaining clarity on the question of which factors are/could be important, helping to complete open norms, as well as assessing different judgments in cassation. However, there is still room for improvement when it comes to the predictability of outcomes of proceedings, which was one of the intended functions of viewpoint catalogues.

The question that therefore needs to be answered is: how can we make sure that viewpoint catalogues contribute to an improved predictability. First of all, the Supreme Court could provide more clarity on how viewpoints should be dealt with. This can be done by stating why certain viewpoints were selected and by providing a clear explanation of the relevant factors. The Supreme Court could, if possible, also provide more clarity on how the various viewpoints from a catalogue should be weighted. If it becomes clear how a factor should be interpreted, and also how this should be included in a judgement, then the predictability of judgments rendered with the aid of a viewpoint catalogue will improve. However, it is essential that the judges in the lower courts clearly explain the grounds of their judgments, by not only stating *which* circumstances were taken into consideration, but also *how* this has been done. The Supreme Court should be stricter in its supervision on the compliance to this obligation to state reasons.

## Geraadpleegde en aangehaalde literatuur

### Ahsmann 2011

M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

### Akkermans 2004

A.J. Akkermans, 'De beoordeling van het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht, in het bijzonder bij wijze van contra-expertise in een letselschadezaak', *AV&S* 2004-3.

### Akkermans, Elferink & Van 2005

A.J. Akkermans, M.H. Elferink & A.J. Van, 'Verbetering van het medische traject', *TVP* 2005-4.

### Alink 2008

D.E. Alink, 'Eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden', *Bb* 2008, 67.

### Alt 2009

H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

### Alt 2012

H.J.W. Alt, 'Is het bewijsrecht van toepassing op de ontbindingsprocedure? Een reactie op het artikel "Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure deel 2: het bewijsrecht" van mr. Vivian Bij de Vaate', *ARBAC* 2012, oktober-december, DOI: 10.5553/ARBAC/.000011.

### Ancery 2012

A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

### Van Arkel 2009

E.G. van Arkel, 'Art. 7:661 BW: hoe zit het met de door de werknemer te dragen schade?', *ArbeidsRecht* 2009-1.

### Asscher-Vonk 2011

I.P. Asscher-Vonk, 'Parallel entry - gelijke behandeling in het hok?', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun* (Duk-bundel), Deventer: Kluwer 2011.

**Asser 1994**

W.D.H. Asser, 'Bewijsrecht in het civiele recht', in: W. Plessen (red.), *Bewijsrecht in het sociaal recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

**Asser 1998**

W.D.H. Asser, *Rechtspraakoverzicht Bewijslastverdeling*, Deventer: Gouda Quint 1998.

**Asser 1999**

W.D.H. Asser, 'Da mihi facta – zorg voor feiten in het civiele proces', *NJB* 1999-27.

**Asser 2003a**

W.D.H. Asser, 'De bewijslastverdeling in verband met art. 7:658 lid 2 BW', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003.

**Asser 2003b**

W.D.H. Asser, 'De taakopvatting van de civiele rechter', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

**Asser 2004a**

W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004.

**Asser 2004b**

W.D.H. Asser, 'Bewijslastverdeling in het arbeidsrecht. Enkele beschouwingen bij het proefschrift van C. Bosse', *SMA* 2004-11/12.

**Asser 2008**

W.D.H. Asser, 'Rechtsvorming door de Hoge Raad: enkele inleidende opmerkingen', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

**Asser 2010**

W.D.H. Asser, 'Schending van het recht als cassatiegrond', in: R. Schutgens e.a. (red.), *Canon van het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010.



**Asser 2011a**

W.D.H. Asser, 'Bewijsrecht', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Asser 2011b**

W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

**Asser 2012**

W.D.H. Asser, 'Stelplicht, een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding', *TCR* 2012-4.

**Asser, Groen & Vranken 2006**

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd; Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

**Asser-Anema 1940**

A. Anema, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, V Van Bewijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940.

**Asser-Hartkamp 4-III**

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht*, twaalfde druk, Deventer: Kluwer 2006.

**Asser/Heerma van Voss 7-V\* 2008**

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

**Asser Procesrecht/Asser 3 2013**

W.D.H. Asser, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Procesrecht 3 Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013.

**Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009**

F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Procesrecht 4 Hoger beroep*, Deventer: Kluwer 2009.

**Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2011**

A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Procesrecht 2 Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011.

**Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen 2005**

D.J. Veegens, E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Procesrecht 7 Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005.

**Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974**

P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

**Asser-Vranken**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1995.

**Asser-Vranken, Vervolg**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen deel, een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.

**Assink 2010**

B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht. Over facilitiëring en regulering van ondernemerschap* (oratie EUR), Deventer: Kluwer 2010.

**Bakels 2011**

R.L. Bakels, 'Het vonnis', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Bakels/Bouwens, Houwerzijl & Roozendaal 2011**

Bakels/W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl & W.L. Roozendaal, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Bakker 2013**

P.S. Bakker, 'Degene die recht zoekt, doet dat in gebondenheid', *MvV* 2013-6.

**Bannier 2002**

F.A.W. Bannier, 'Het nieuwe procesrecht en gedragsregels 12 en 13', *Advocatenblad* 5 april 2002.

**Barendrecht 1992**

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

**Barendrecht 1995**

J.M. Barendrecht, 'Vragen aan Schoordijk over open normen', *RM Themis* 1995-4.

**Barendrecht 1998**

J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

**Barendrecht 2000**

J.M. Barendrecht, 'Rechtsvorming naar behoefte. Welke normen hebben partijen in civielrechtelijke geschillen nodig?', *NJB* 2000-13.

**Barentsen 2013**

B. Barentsen, 'Ouder worden komt dagelijks voor', *TRA* 2013-1.

**Barkhuysen & Van Ettekoven 2009**

T. Barkhuysen & B.J. van Ettekoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009-6.

**Beets & Verhulp 2008**

D. Beets & E. Verhulp, 'Art. 7:625 BW: wettelijke matiging?', *ArbeidsRecht* 2008-3.

**Beltzer 2004**

R.M. Beltzer, *Rechtspraak ontslag op staande voet*, Deventer: Kluwer 2004.

**Beltzer 2005**

R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming: de weging van de Spijkersfactoren', *ArA* 2005/2.

**Beltzer 2008a**

R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008.

**Beltzer 2008b**

R.M. Beltzer, 'Wijziging van arbeidsovereenkomsten volgens de Hoge Raad: de kluwen (deels) ontward', *TAP* 2008-1.

**Beltzer & Hoogeveen 2011**

R.M. Beltzer & E.M. Hoogeveen, 'Staking', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht 2012*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

**Bemmelen & Van Veen/De Jong & Knigge 2003**

Van Bemmelen & Van Veen/D.H. de Jong & G. Knigge, *Ons Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

**Von Bergh, Siesling & Van Rijs 2009**

M. von Bergh, M. Siesling & A.D.M. van Rijs, *Ontslagzaken via de kantonrechter*, Tilburg: IVA beleidsonderzoek en advies 2009.

**Betten e.a. 1997**

L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht* (Rood-bundel), Deventer: Kluwer 1997.

**Bij de Vaate 2012**

D.M.A. Bij de Vaate, 'De ontbindingsprocedure: rechtsmiddelenverbod en bewijsrecht', *ArA* 2012/3.

**Blaauw 2002**

J.H. Blaauw, *Het kort geding A. Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 2002.

**Blokzijl & Van Coevorden 2004**

A.R. Blokzijl & R.S. van Coevorden, 'Niet elke "gelijke behandeling" wordt gelijk behandeld', *ArbeidsRecht* 2004-6/7.

**De Bock 2011**

R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.

**De Bock 2013**

R.H. de Bock, 'Kroniek bewijsrecht', *TCR* 2013-2.

**Bodewes 2004**

K.W.M. Bodewes, 'De Baijings-evolutie', *ArbeidsRecht* 2004-12.

**Bodewes 2008**

R. Bodewes, 'De "billijke" vergoeding voor het gemis aan octrooi', *AI* 2008/3.

**Bodewes & Baris 2008**

K.W.M. Bodewes & A. Baris, 'Baijings: Hoe ging het verder?', *ArbeidsRecht* 2008-12.

**Bolt 2011**

A.T. Bolt, 'Uitkeringen uit verzekering, wat doen we er mee?', *AV&S* april 2011.

**Van Boom 2000**

W.H. van Boom, 'Verjaring mesotheliomclaims doorbroken', *A&V* 2000-3/4.

**Van Boom 2003**

W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

**Van Boom, Van Kooten & Schneider 2008**

W.H. van Boom, G.N. van Kooten & P.L.M. Schneider, 'Compensatie van verkeersletsel van werknemers: wat is een behoorlijke verzekering?', *ArA* 2008/2.

**Boonekamp 2000**

R.J.B. Boonekamp, 'Kroniek bewijsrecht', *TCR* 2000-2.

**Boonekamp 2002**

R.J.B. Boonekamp, 'Kroniek bewijsrecht', *TCR* 2002-2.

**Boonekamp 2003**

R.J.B. Boonekamp, 'Bewijsrecht', *TCR* 2003-2.

**Boot 2005**

G.C. Boot, 'Ontslag op staande voet: een weg met vele valkuilen', *SR* 2005-5.

**Boot & Quist 2011**

B.J.J.C. Boot & J.P. Quist, 'Proceskostenveroordeling: niet alles of niets', *Advocatenblad* 10 juni 2011.

**Borgers & Kristen 1999**

M.J. Borgers & F.G.H. Kristen, 'Bewijsrisico, bewijslast en bewijsvoeringslast in het strafproces', *AA* 48 (1999) 12.

**Bosch-Boesjes 1991**

J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in het geding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.

**Bosman 1994**

B. Bosman, 'De stelplicht en bewijslast in het Nederlands ontslagrecht', in: W. Plessen (red.), *Bewijsrecht in het sociaal recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

**Bosse 2003**

C. Bosse, *Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

**Boudewijn 2011**

J.J.L. Boudewijn, 'De dagvaarding', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Bouwens 2008**

W.H.A.C.M. Bouwens, *Ontslagvergoedingen op een dynamische arbeidsmarkt* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

**Brenninkmeijer 2003**

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Slotbeschouwing: convergentie of divergentie?', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

**Van den Brink 2008**

V. van den Brink, 'Stellen, betwisten, bewijzen – een handleiding', *PP* 2008-4.

**Van den Brink 2012**

V. van den Brink, 'Alle omstandigheden van alle gevallen', *NTBR* 2012-1.

**Bruinsma 1988**

F. Bruinsma, *Cassatierechtspraak in civiele zaken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

**Bruinsma & Huls 1984**

J.F. Bruinsma & N.J.H. Huls, 'De civiele kamer van de Hoge Raad', *NJB* 1984-19.

**Buijs 2000**

D.J. Buijs, 'Ontslag op staande voet: nietigheid en schadeplichtigheid', *SR* 2000-12.

**Buijs 2010a**

D.J. Buijs, 'Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: hoe nu verder?', *TRA* 2010-1.

**Buijs 2010b**

D.J. Buijs, 'Schadevergoeding na kennelijk onredelijk ontslag: nadere uitleg van de Hoge Raad', *TRA* 2010-5.

**Buijs 2011**

D.J. Buijs, 'Werknemersaansprakelijkheid', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht 2012*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

**Cabboort & Quist 2008**

J.G. Cabboort & J.P. Quist, 'De Wet OM-afdoening in civilibus. Civielrechtelijke complicaties van de onherroepelijke strafbeschikking', *VR* 2008-11.

**Carstens 2008**

F.C. Carstens, 'Hoe ver strekt de verantwoordelijkheid van een werkgever bij verkeersongevallen?', *Bb* 2008, 40.

**Chorus 1987**

J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1987.

**Corstens 2005**

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

**Van Dam 2000**

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

**Damen 2009**

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**Dammingh & Schoenmaker-Tijsseling 2007**

H. Dammingh & E. Schoenmaker-Tijsseling, 'Formulering ontslag op staande voet: nog steeds hogere wiskunde?', *ArbeidsRecht* 2007-1.

**Dek & Smale 1998**

A.E. Dek & L.J. Smale, Congresverslag van de studiedag 'Asbest: verjaring van schadeclaims, massaschade, fondsvorming en het rapport De Ruiter' georganiseerd door het Instituut voor Milieuschade op 23 mei 1997 te Rotterdam, *TMA* 1998-3

**Dekker 2012**

F.M. Dekker, 'De BES-werknemer', in: A.R. Houweling & G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

**Dempsey 2012**

N.T. Dempsey, 'De procedure na cassatie en verwijzing', *TCR* 2012-1.

**Van Dijck 2006**

G. van Dijck, *De faillissementspauliana: revisie van een relict* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

**Van Dijck 2007**

G. van Dijck, 'De faillissementspauliana: revisie van een relict', *AA* 56 (2007) 2.



**Van Dijk 2003**

Chr.H. van Dijk, 'Verjaring en Stuiting: een Siamese tweeling in verwarring', *AV&S* 2003-5.

**Dijkhoff, Keukens & Reynaers 2006**

K.H.D.M. Dijkhoff, W.M.T. Keukens & S. Reynaers, 'De Hoge Raad en zelfregulering in het privaatrecht. Het arrest "Baby Kelly" als voorbeeld van hoe het ook anders kan', *AA* 55 (2006) 1.

**Disselkoen & Jakimowicz 2011**

V. Disselkoen & C.M. Jakimowicz, 'Ontslag op staande voet', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

**Dop & Van den Heuvel 2008**

J. Dop & L.H. van den Heuvel, *Handboek ontslagrecht*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2008.

**Douven 2006**

C. Douven e.a., *De grensoverschrijdende werknemer*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

**Dreissen 2007**

W. Dreissen, 'Het feitenoordeel in Nederland en Duitsland vergeleken', in: M. Malsch & N. van Manen (red.), *De begrijpelijkheid van de rechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Drion 2008**

C.E. Drion, 'De omstandighedencatalogus; drie gedachten ter verbetering', *NJB* 2008-27.

**Van Drongelen & Fase 2005**

J. van Drongelen & W.J.P.M. Fase, *Individueel arbeidsrecht deel 1 De elementen van de arbeidsovereenkomst Vakantie en verlof*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2005.

**Van Drongelen 2006**

J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht deel 2 Bijzondere bedingen Aansprakelijkheid Gelijke behandeling Overgang van onderneming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2006.

**Van Drongelen 2007**

J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht deel 3 Ontslagrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007.

**Van Drongelen, Klingeman & Van Rijs 2013**

J. van Drongelen, S. Klingeman & A.D.M. van Rijs, *Het ontslagrecht in de praktijk*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.

**Duk 1982**

R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en het ontslag op staande voet', *SMA* 1982.

**Duk 1998**

R.A.A. Duk, 'Cassatierechter en arbeidsovereenkomst', *SMA* 1998-9.

**Duk 2002**

R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en rechtsvorming in het arbeidsrecht', *ArA* 2002/3.

**Duk 2004a**

R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en de kennelijk onredelijke opzegging', *SMA* 2004-4.

**Duk 2004b**

R.A.A. Duk, 'Cassatierechter en arbeidsovereenkomst: van sterren, lijnen en stippen', *SMA* 2004-11/12.

**Duk 2006**

R.A.A. Duk, 'Cassatierechter en arbeidsovereenkomst: in Den Haag weinig nieuws', *SMA* 2006-4.

**Duk 2009a**

R.A.A. Duk, 'Over getuigschriften en zo. 100 jaar Wet op de arbeidsovereenkomst', *ArA* 2009/3.

**Duk 2009b**

R.A.A. Duk, 'Cassatierechter en arbeidsovereenkomstenrecht: van 'ius in causa positum' en 'hard and fast rules', *TRA* 2009-8/9.

**Duk 2010**

R.A.A. Duk, 'Cassatierechter en arbeidsovereenkomst: een mager jaar met een daverende finale', *TRA* 2010-4.

**Duk 2011**

R.A.A. Duk, 'Cassatierechter en arbeidsovereenkomstenrecht: van zaken die er wel en niet toe doen', *TRA* 2011-6/7.

**Duk 2013**

R.A.A. Duk, 'Cassatierechter en arbeidsovereenkomst: hoe vindt de cassatierechter het arbeidsrecht?', *TRA* 2013-6/7.

**Van Dunné 1996**

J.M. van Dunné, 'Verjaring van aansprakelijkheid van werkgevers voor asbestziekten van werknemers. De betekenis van de begrippen "gebeurtenis" en "bekendheid met de schade als grondslag van de vordering" voor de verjaring', *TMA* 1996-2.

**Van Dunné 2004**

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht deel 2*, Deventer: Kluwer 2004.

**Van Eck 2000**

M. van Eck, 'Verjarings- en vervalttermijnen in het arbeidsovereenkomstenrecht', *ArbeidsRecht* 2000-6/7.

**Van Eck 2004**

M. van Eck, 'Gelijke arbeid, gelijk loon?', *ArA* 2004/2.

**Ekkelmans 2008**

J. Ekkelmans, *De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2008.

**Elders 1990**

J.L.M. Elders, *Waardering van bewijs* (afscheidsrede Maastricht), Deventer: Kluwer 1990.

**Engelhard 2003**

E.F.D. Engelhard, *Regres* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2003.

**Engelhard & Van Maanen 2008**

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel*, Deventer: Kluwer 2008.

**Erkens 2013**

M.Y.H.G. Erkens, *Rechtspleging in arbeidsszaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

**Even, Van Kampen & De Wind 2011**

J.H. Even, E.K.W. van Kampen & E. de Wind, 'Internationale aspecten', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht 2012*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

**Faure & Hartlief 2002**

M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002.

**Fenstra 2013**

A. Fenstra, '(Ver)stand van zaken... arbeidsrecht', *Mr.* 2013-7/8.

**Franx-Schapp & Lennarts 2004**

E.N. Franx-Schapp & M.L. Lennarts, 'Overgang van onderneming in de cateringbranche. Of hoe een kijkje in de keuken cruciaal wordt', *ArA* 2004/1.

**Frikkee 2011**

C.J. Frikkee, 'Ontslag op staande voet wegens strafrechtelijke veroordeling', *TRA* 2011-3.

**Van Gerven & Leijten 1981**

W. van Gerven & J.C.M. Leijten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

**Giard 2012**

R.W.M. Giard, *Dokteren aan het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

**Giesen 1999**

I. Giesen, 'De bewijswaardering in civiele zaken: vage noties of scherpe normen?', *AA* 48 (1999) 9.

**Giesen 2001**

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

**Giesen, Kamminga & Barendrecht 2001**

I. Giesen, Y.P. Kamminga & J.M. Barendrecht, 'Normering van schadevergoeding voor arbeidsongevallen en beroepsziekten: over draagvlak, differentiatie en smartengeld', in: M. Faure & T. Hartlief (red.), *Schade door ongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

**Giesen 2002**

I. Giesen, 'De (pre)processuele mededelingsplichten in het civiele procesrecht en hun verhouding tot de bewijslastverdeling', *TCR* 2002-4.

**Giesen & Schelhaas 2006**

I. Giesen & H.N. Schelhaas, 'Samenwerking bij rechtsvorming. De instelling van een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR)', *AA* 55 (2006) 3.

**De Graaf & Lindijer 2003**

K.J. de Graaf & V.C.A. Lindijer, 'Over het verzamelen en uitsluiten van feiten', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

**De Graaf 2006**

T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen*, Deventer: Kluwer 2006.

**Grapperhaus 2008**

F.B.J. Grapperhaus, 'Wijziging van de arbeidsrelatie bij gewijzigde omstandigheden', *TRA* 2008-1.

**Grapperhaus 2013**

F.B.J. Grapperhaus, 'Weg met het ontslag op staande voet', *TRA* 2013-8/9.

**Gras, Van Rijssen & Rijpma 2011**

E. Gras, G. van Rijssen & D. Rijpma, 'Rechtsmiddelen', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011**

Van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Groenewegen 2006**

F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

**De Groot 2008**

G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

**De Groot 2012**

G. de Groot, 'Waarheidsvinding in het civiele (proces)recht', in: M.A. Loth e.a., *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (preadviezen NJV 2012), Deventer: Kluwer 2012.

**Ten Haaft 2007**

H.M. ten Haaft, 'Eerste aanleg', *TCR* 2007-1.

**De Haan/Drupsteen/Fernhout/Schlössels & Zijlstra 2010**

De Haan/Drupsteen/Fernhout/R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

**Hammerstein 2009**

A. Hammerstein, 'Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk', *Ars Aequi* oktober 2009.

**Hammerstein 2010**

A. Hammerstein, 'De Hoge Raad ondersteboven', *NJB* 2010-9.

**Hansma & Koning 1997**

R. Hansma & L.M. Koning, 'Een medewerker van de bank moet brandschoon zijn', *ArbeidsRecht* 1997-1.

**Hansma 2012**

R. Hansma, 'Weer een arrest dat schoffeert', in: M.J.M.T. Keulaerds, J.P. Heering & R.P.J.L. Tjittes, *Veelzijdig in cassatie* (Grabandt-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

**Hartendorp 2008**

R.C. Hartendorp, *Praktisch gesproken, alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2008.

**Hartkamp 2010**

A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht* (Mon. BW A1), Deventer: Kluwer 2010.

**Hartlief & Tjittes 1999**

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999.

**Hartlief 2001**

T. Hartlief, 'Verjaring, rechtszekerheid en billijkheid', *NTBR* 2001-2.

**Hartlief 2005**

T. Hartlief, 'Asbest en aansprakelijkheid: de reikwijdte van de rechtspraak omtrent werkgeversaansprakelijkheid', *AV&S* 2005-2.

**Hartlief & Tjittes 2005**

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2005-31.

**Hartlief 2008a**

T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde koper', *Ars Aequi* mei 2008.

**Hartlief 2008b**

T. Hartlief, 'Vergoeding van overlijdensschade: abstract of concreet?', *Ars Aequi* december 2008.

**Hartlief 2009**

T. Hartlief, 'Dansen op rollerskates: werkgeversaansprakelijkheid voor letsel bij bedrijfsuitjes en personeelsactiviteiten', *Ars Aequi* oktober 2009.

**Hartlief, Hijma & Snijders 2009a**

T. Hartlief, J. Hijma & H.J. Snijders, *Advies over doorbreking van de verjaringstermijn en stelplicht en bewijslast voor aansprakelijkheid voor het Instituut Asbestslachtoffers* (6 februari 2009), te raadplegen via [www.asbestslachtoffers.nl](http://www.asbestslachtoffers.nl).

**Hartlief, Hijma & Snijders 2009b**

T. Hartlief, J. Hijma & H.J. Snijders, 'Over verjaringsperikelen in de bemiddelingspraktijk van het Instituut Asbestslachtoffers', *NJB* 2009-25.

**Hartlief 2011**

T. Hartlief, 'Gezichtspunten, vingerwijzingen en vuistregels. Kan dat anders?', *NTBR* 2011-1.

**Hartlief 2012**

T. Hartlief, 'Gezichtspunten, vingerwijzingen en vuistregels. Kan dat anders?', in: A.L.M. Keirse e.a. (red.), *Beter Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2012.

**Hartmann 1999**

A.R. Hartmann, 'Het bewijs in het bestuursrecht en het strafrecht. Een korte interne vergelijking', *AA* 48 (1999) 4.

**Den Hartog Jager 2012**

W.H.B. den Hartog Jager, *Wettelijke rente*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012.

**Hebly & Lindenberg 2013**

M.R. Hebly & S.D. Lindenberg, 'Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesotheliomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde', *AV&S* 2013-5.

**Heemskerk 2003**

W.H. Heemskerk, 'Hoe zat het ook alweer met ... incidentele conclusies vóór alle weren?', *Advocatenblad* 7 maart 2003.



**Heemskerk 2009**

M. Heemskerk, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**Heerma Van Voss & Van der Heijden 2000**

G.J.J. Heerma van Voss & P.F. van der Heijden, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2000-31.

**Heerma Van Voss 2005**

G.J.J. Heerma van Voss, 'De verhouding tussen de Hoge Raad en de Europese rechters op het gebied van het arbeidsrecht', in: S.F. Sagel & E. Verhulp (red.), *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005.

**Hendrikse & Jongbloed 2007**

M.L. Hendrikse & A.W. Jongbloed (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2007.

**Hendrikse 2011a**

R.G. Hendrikse, 'Kort geding', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Hendrikse 2011b**

R.G. Hendrikse e.a., 'Kroniek Burgerlijk procesrecht', *Advocatenblad* september 2011.

**Hendrikse 2013**

R.G. Hendrikse e.a., 'Kroniek Burgerlijk Procesrecht', *Advocatenblad* 2013, Kroniek nr. 2.

**Hesselink 1993**

M. Hesselink, 'Stelsel scherpe normen geeft schijnzekerheid. Over falsificatie van rechtsregels door de burgerlijke rechter', *WPNR* 6109.

**Van den Heuvel 2001**

L.H. van den Heuvel, 'Ontslag op staande voet, kan dat nog?', *ArA* 2001/2.

**Hijma 2010**

Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010.

**Hondius 2008**

E.H. Hondius, 'Rechtsvorming: een blik over de grenzen', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

**De Hoon 2010**

M.W. de Hoon, 'Vuistregels voor een redelijke opzegtermijn', *NJB* 2010-21.

**Van der Horst 2010**

H. van der Horst, *Nederland: de vaderlandse geschiedenis van de prehistorie tot nu*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2010.

**Den Houdijker 2007**

F.M.J. den Houdijker, 'Vraagstukken rond de rechterlijke belangenafweging', in: E.T. Feteris e.a. (red.), *'Alles afwegende...' Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie 22 juni 2007 te Rotterdam*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

**Houtzagers 2005**

G.J.H. Houtzagers, 'Vranken als inspiratiebron', *NJB* 2005-36.

**Houweling 2008**

A.R. Houweling, 'Verzekeringsplicht ook bij niet-gemotoriseerde werkgerelateerde verkeersongevallen?', *TAP* 2008-1.

**Houweling & Van der Voet 2009**

A.R. Houweling & G.W. van der Voet, 'Kennelijk onredelijk ontslag volgens het Hof 's-Gravenhage: hogere wiskunde of "systematical madness"?', *TAP* 2009-1.

**Houweling 2011**

A.R. Houweling, 'Arbeidsrechtelijke aspecten en gevolgen van strafrecht: wat moet de strafrechter weten over de consequenties van zijn oordeel voor het arbeidsrecht?', *DD* 2011, afl. 4/33.

**Hovens 2005**

F.H.J. Hovens, *Het civiele hoger beroep* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2005.

**Hovens 2007**

F.J.H. Hovens, *Civiel appel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

**Hugenholtz/Heemskerk 2009**

Hugenholtz/W.H. Heemskerk, *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Amsterdam: Elsevier Juridisch 2009.

**De Hullu 2006**

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

**De Hullu 2009**

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

**Huls & Schellekens 2001**

N.J.H. Huls & V.W. Schellekens, 'Rechterlijke samenwerking in de praktijk: de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen als sprekend voorbeeld', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001.

**Hulst 2012**

E.H. Hulst, 'De verjaring van mesothelioom: asbest op zijn slechtst?', *TGMA* maart 2012.

**Huppes-Cluysenaer 1994**

E.A. Huppes-Cluysenaer, *Wetenschapsleer voor juristen*, Deventer: Kluwer 1994.

**Ter Huurne & Keuss 2013**

F.H.A. ter Huurne & M.J. Keuss, 'Ontslag wegens fraude; waar liggen de valkuilen?', *TAP* 2013/5.

**IJdema & Broekhof 2009**

L. IJdema & E. Broekhof, 'Wettelijke verhoging en wettelijke rente in het arbeidsrecht: loont stilzitten?', *ArbeidsRecht* 2009-10.

**Jacobs 2000**

A.T.J.M. Jacobs, *Elementair sociaal recht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2000.

**Jacobs 2001**

A.T.J.M. Jacobs, *Ontslagrecht en flexibele arbeidsrelaties* (Mon. Nieuw BW B-86), Deventer: Kluwer 2001.

**Jacobs, Massuger & Plessen 2009**

A.T.J.M. Jacobs, P.M.M. Massuger & W.G.M. Plessen, *Arbeidsovereenkomst* (Monografieën BW B85), Deventer: Kluwer 2009.

**Jakimowicz & Disselkoen 2007**

C.M. Jakimowicz & V. Disselkoen, 'Procedurale aspecten van ontslag op staande voet', *AI* 2007/2.

**Jansen & Loonstra 2000**

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Verjaringsperikelen in asbestzaken', *SR* 2000-9.

**Jansen & Loonstra 2006**

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'De zorgplicht van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW', *ArA* 2006/3.

**Jansen 2009**

J.E. Jansen, 'Geen bevrijdende verjaring zonder rechtsverwerking', *RM Themis* 2009-5.

**Jansen 2010**

M.V.E.E. Jansen, 'De Hoge Raad zet koers uit bij kennelijk onredelijk ontslag', *ArbeidsRecht* 2010-1.

**Jansen & Loonstra 2012**

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht', *ArA* 2012/1.

**Jansen & Jansen 2013**

C.J.H. Jansen & J.E. Jansen, 'Derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht', *ArA* 2013 (12) 1.

**Jaspers 2004**

A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Deventer: Kluwer 2004.

**Jongbloed 2010**

A.W. Jongbloed, Commentaar bij Hof Amsterdam 19 juni 2008 en 8 september 2009, NJ 2010, 124 en 125, *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2010-3.

**Jongbloed 2011**

A.W. Jongbloed, 'Beginselen van en ontwikkelingen in het Nederlands burgerlijk procesrecht', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Joustra 2000**

C.A. Joustra, 'Beroep op de 30-jarige verjaringstermijn mogelijk in strijd met redelijkheid en billijkheid', *Bb* 2000-11.

**Kaptein 2006**

H.J.R. Kaptein, *Kwade zaken? De moraal van het juridisch beroep*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006.

**Kaptein 2007**

H.J.R. Kaptein, 'Hermetische of historische waarheid (en recht). Remedies tegen opsluiting van feiten in processualisering en partijautonomie', in: E.T. Feteris e.a. (red.), *'Alles afwegende ...' Bijdragen aan het Vijfde Symposium Juridische Argumentatie 22 juni 2007 te Rotterdam*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

**Kastelein 2003**

W.R. Kastelein, 'Aansprakelijkheid voor fouten van ziekenhuispersoneel', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003.

**Ten Kate & Van Koppen 1984**

J. ten Kate & P.J. van Koppen, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen* (diss. EUR), Arnhem: Gouda Quint 1984.

**Van Katwijk 2007**

H. van Katwijk, '"Wanneer wordt zwijgen liegen?" en andere dwalingen', *TVP* 2007-3.

**Kelk 2010**

C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**Kerkhof & Stamhuis 2011**

M.B. Kerkhof & J.N. Stamhuis, 'De "leftovers" van R.A.A. Duk: van zaken die "er niet toe doen", of toch?', in: S.F. Sagel, *Vrienden door Duk en dun* (Duk-bundel), Deventer: Kluwer 2011.

**Keukens & Van den Nieuwenhuijzen 2008**

W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, *Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

**Van der Kind 2012**

O. van der Kind, Bespreking van HR 20 april 2012, *TRA* augustus/september 2012.

**Klaassen 2000**

C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2000.

**Klaassen 2002**

C.J.M. Klaassen, 'Spreken is zilver, zwijgen is fout. De waarheidsplicht van artikel 21 NRv', *NJB* 2002-30.

**Klaassen 2009**

C.J.M. Klaassen, 'Feitengaring en bewijslevering in de civiele procedure', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

**Klaassen 2012**

C.J.M. Klaassen, 'De dader heeft het gedaan, maar wie is de dader? Enkele opmerkingen over (het bewijs bij) causaliteitsonzekerheid', in: C.J.M. Klaassen & J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen*, Deventer: Kluwer 2012.

**Kloosterhuis 2006**

H.T.M. Kloosterhuis, 'Inleiding themanummer belangenafweging door de rechter', *RM Themis* 2006-4.

**Klosse & Noordam 2010**

S. Klosse & F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**Knapen 2011**

M. Knapen, 'Coulante rechters hollen substantiëringsplicht uit', *Advocatenblad* 20 mei 2011.

**Knapen 2013**

M. Knapen, 'College van de rechter', *Advocatenblad* juni 2013.

**Koevoets 2004**

M.M. Koevoets, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', *ArA* 2004/3.

**Koevoets 2006**

M.M. Koevoets, *Wangedrag van werknemers* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

**Kolder 2006**

A. Kolder, 'De verkeersboete in het licht van de hedendaagse arbeidsrechtelijke bescherming', *AV&S* 2006-2.

**Kolder & Vorsselman 2008**

A. Kolder & H. Vorsselman, 'De Hoge Raad tussen Scylla en Charybdis', *NJB* 2008-35.

**Kolder & Vorsselman 2010**

A. Kolder & H. Vorsselman, 'Werkgerelateerde verkeersboetes; een gedachte-experiment', *WPNR* 6825.

**Kooijmans 2010**

T. Kooijmans, 'Bewijzen door de strafrechter', *Ars Aequi* juli/augustus 2010.

**Koopman 2009**

F.A. Koopman, 'Werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW ook voor ongemotoriseerde verkeersongelukken: twee opmerkelijke stellingen in één arrest', *ArbeidsRecht* 2009-8/9.

**Kop 2011**

P. Kop, 'Rechtsvorming door de burgerlijke rechter?', *NJB* 2011-16.

**Van Koppen 1984**

P.J. van Koppen, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, Arnhem: Gouda Quint 1984.

**Korthals Altes 1981**

E. Korthals Altes, 'De cassatierechter op de grens van recht en feit', in: H. Drion e.a., *De hanteerbaarheid van het recht* (Pels Rijcken-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1981.

**Korthals Altes 1993**

E. Korthals Altes, 'Het motiveringsvereiste in burgerlijke zaken als toetsingsgrond in cassatie', in: P.A. Wackie Eysten e.a., *Gemotiveerd gehuldigd* (Van Boeschoten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

**Kottenhagen 1986**

R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent* (diss. EUR), Arnhem: Gouda Quint 1986.

**Kraats 2012**

K.G.F. van der Kraats, 'Onrechtmatig verkregen bewijs in het arbeidsrecht', *TRA* december 2012.

**Kremer 1997**

M. Kremer, 'Buitencontractuele aansprakelijkheid voor asbesthoudende producten', *AA* 43 (1997) 7/8.

**Kremer 1999**

M. Kremer, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

**Kremer 2003**

M. Kremer, 'De waarheids- en volledigheidsplicht onder het vernieuwde civiele procesrecht', *Advocatenblad* 18 april 2003.

**Kroeks 2000**

C.M.H. Kroeks, 'Bewijsrecht in ontbindingsprocedures', *ArbeidsRecht* 2000-4.



**Kruijer 2008**

H.S.M. Kruijer, 'Hoe fundamenteel is de rechterlijke motiveringsplicht?', *Executief* 2008-12.

**Kruijswijk Jansen 2008**

J. Kruijswijk Jansen, 'Verhaal van verkeersboetes op werknemers', *Bb* 2008, 62.

**Kruit & Trouwborst 2009**

P. Kruit & M. Trouwborst, 'De ontwikkelingen in de werkgeversaansprakelijkheid voor verkeersongevallen in 2008: een stap op weg naar een nieuw aansprakelijkheidsregime?', *TAP* 2009-2.

**Kruit & Van Vliet 2010**

P. Kruit & E. van Vliet, 'Ontslag op staande voet van een zieke werknemer die zijn verplichtingen ex art. 7:629 BW schendt een "no go"?'', *TAP* 2010-5.

**Kruit 2012**

P. Kruit, *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

**Kuip 1993**

S.W. Kuip, *Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende reden* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1993.

**Kuip 1994**

S.W. Kuip, 'Voorlopige voorzieningen na ontslag op staande voet', *ArbeidsRecht* 1994-3.

**De Laat 1998**

J.J.M. de Laat, 'De cirkel is weer rond', *SR* 1998-1.

**De Laat 2007**

J.J.M. de Laat, 'Overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst? Over partijbedoeling, gezagsrelatie en maatschappelijke positie', *ArA* 2007/1.

**De Laat 2009**

J.J.M. de Laat, 'De toepassing van Mammoet II in de lagere rechtspraak', *TRA* 2009-3.

**De Lang & Van 2012**

S. de Lang & A.J. Van, 'Aansprakelijkheid voor blootstelling aan asbest', *Hb. Personenschade*, 2075-21.

**De Lange & Ruyters 2008**

S. de Lange & N. Ruyters, 'Octrooi en dienstverband; eureka! Voor de werkgever of werknemer?', *ArbeidsRecht* 2008-4.

**Lankhorst 1996**

G.J. Lankhorst, Annotatie bij Rb. Rotterdam 21 april 1995, *A&V* 1996-2.

**Lanting 2009**

B.B.B. Lanting, 'Socialezekerheidsrecht', *TRA* mei 2009.

**Lavrijssen 2009**

N. Lavrijssen, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor letselschade tijdens bedrijfsuitje', *Bb* 2009, 28.

**Leenburg 2013**

S. Leenburg, *Waarheidsvinding en ambtshalve aanvullen door de civiele rechter*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2013.

**Lewin 2011**

G.C.C. Lewin, 'Ambtshalve toepassing van rechtsregels', *TCR* 2011-1.

**Lewin 2012**

G.C.C. Lewin, *Het burgerlijk procesrecht is de pathologie van het recht* (oratie UvA), Deventer: Kluwer 2013.

**Van der Linden 2010a**

J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010.

**Van der Linden 2010b**

J. van der Linden, 'Schikken ter zitting: praktijk en goede manieren', *Ars Aequi* december 2010.

**Lindenbergh 1998**

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

**Lindenbergh 2008a**

S.D. Lindenbergh, 'Olie op het vuur', *Ars Aequi* mei 2008.

**Lindenbergh 2008b**

S.D. Lindenbergh, 'Schending van de verzekeringsplicht als grond voor aansprakelijkheid', *Ars Aequi* oktober 2008.

**Lindenbergh 2009**

S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 2009.

**Lindijer 2006**

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

**Lindo 2009**

C. Lindo, 'Een korte grondwet graag! Interview met prof.mr. C.A.J.M. Kortmann', *NJB* 2009-44/45.

**Loonstra 2003**

C.J. Loonstra, 'Werknemer in de bak', *Dossier Arbeid & Recht* juni 2003.

**Loonstra & Zondag 2003**

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'De bewust roekeloos handelende werknemer. Beschouwingen over het begrip "bewuste roekeloosheid" in titel 7.10 BW', *ArA* 2003/3.

**Loonstra & Zondag 2004**

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht', in: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam: Sanders Instituut/Kluwer 2004.

**Loonstra 2005**

C.J. Loonstra, 'Snijden in het ontslagrecht', *NJB* 2005-6.

**Loonstra & Verburg 2005**

C.J. Loonstra & L.G. Verburg, 'Hoe exclusief is exclusief? Over de juridische status van de 685-procedure en de contractuele vergoeding', *ArA* 2005/1.

**Loonstra & Hoogendijk 2006**

C.J. Loonstra & B. Hoogendijk, 'Bekrachtiging Parallel Entry', *Dossier Arbeid & Recht* januari 2006.

**Loonstra & Westerbeek 2007**

C.J. Loonstra & M. Westerbeek, 'Honderd jaar definitie van de arbeidsovereenkomst: moet het anders?', *SMA* 2007-11/12.

**Loonstra 2008**

C.J. Loonstra, 'Van Taxi Hofman tot Mammoet', *Dossier Arbeid & Recht* december 2008.

**Loonstra & Hoogendijk 2008**

C.J. Loonstra & B. Hoogendijk, 'Schade door verkeersongeval', *Dossier Arbeid & Recht* april 2008.

**Loonstra, Koevoets & Zondag 2008**

C.J. Loonstra, M.M. Koevoets & W.A. Zondag, 'Op de grens van strafrecht en arbeidsrecht: de strafrechtelijk vervolgte werknemer', in: E. Verhulp & W.A. Zondag, *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008.

**Loonstra & Quist 2008**

C.J. Loonstra & J.P. Quist, 'Gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht: de omstandigheden van het geval geïnventariseerd', *ArA* 2008/3.

**Loonstra 2009**

C.J. Loonstra, 'Woon-werkverkeer en werk-werkverkeer: werkgeversaansprakelijkheid', *Dossier Arbeid & Recht* maart 2009.

**Loonstra & Zondag 2010**

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

**Loonstra 2011a**

C.J. Loonstra, 'De Gouden Kooi', *Dossier Arbeid & Recht* juni 2011.

**Loonstra 2011b**

C.J. Loonstra, 'Arbeidsovereenkomst en privaatrechtelijke dienstbetrekking: dezelfde betekenis en dezelfde uitlegcriteria?', *ArA* 2011/2.

**Loonstra 2011c**

C.J. Loonstra, 'Over normen, feiten en de uitleg van CAO-bepalingen', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun* (Duk-bundel), Deventer: Kluwer 2011.

**Loonstra & Hoogendijk 2011**

C.J. Loonstra & B. Hoogendijk, 'Ontslag op staande voet', *Dossier Arbeid & Recht* februari 2011.

**Loonstra & De Jong 2011**

C.J. Loonstra & E.S. de Jong, 'Kwalificatie', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht 2012*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

**Loonstra & Zondag 2011**

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Loon', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht 2012*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

**Loonstra 2012**

C.J. Loonstra, 'Het bereik van art. 7:658 lid 4 BW', *Dossier Arbeid & Recht* juni 2012.

**Loonstra & Hoogendijk 2012**

C.J. Loonstra & B. Hoogendijk, 'Ontslag op staande voet en psychische problemen', *Dossier Arbeid & Recht* oktober 2012.

**Loth 2005**

M.A. Loth, 'Rechtseenheid in veelvoud. Over de toenemende complexiteit van een schijnbaar eenvoudig begrip', *AA* 54 (2005) 9.

**Loth & Gaakeer 2005**

M.A. Loth & A.M.P. Gaakeer, *Meesterlijk recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

**Loth e.a. 2007**

M.A. Loth e.a., 'Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?', *Trema* 2007-8.

**Loth 2012**

M.A. Loth, 'Wat wij vinden wanneer wij waarheid vinden; een rechtstheoretische bijdrage', in: M.A. Loth e.a., *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (Preadviezen NJV 2012), Deventer: Kluwer 2012.

**Luttmer-Kat 2004**

A.M. Luttmer-Kat, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:678 BW.

**Van Maanen 2008**

G.E. van Maanen, 'De Nederlandse kelderluikarresten. Al meer dan honderd jaar – rechtseconomisch (!) – op de goede weg in Europa!', *NTBR* 2008-1.

**Margadant 2001**

M. Margadant, 'Oproepingsvereisten en wettelijke verhoging: een rondje langs de velden', *ArbeidsRecht* 2001-12.

**Martens 1993**

S.K. Martens, 'Motivering van uitspraken van de cassatierechter', in: P.A. Wackie Eysten e.a., *Gemotiveerd gehuldigd* (Van Boeschoten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

**Martens 2000**

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000-14.

**Meijknecht 2002**

P.A.M. Meijknecht, *Infrastructuur en hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

**Memelink 2009**

P. Memelink, 'Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009.

**Mevis 2006**

P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006.

**Mevis 2013**

P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

**Van Mierlo & Van Dam-Lely 2003**

A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2003.

**Van Mierlo 2010**

A.I.M. van Mierlo, *Tekst & Commentaar Rv* (2010).

**Van Mierlo & Van Dam-Lely 2011**

A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011.

**Minkenhof/Reijntjes 2006**

Minkenhof/J.M. Reijntjes, *Nederlandse Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2006.

**Molenaar 1953**

A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.

**Musielak 2007**

H.J. Musielak, *Grundkurs ZPO*, München: Verlag C.H. Beck 2007.

**Van der Nat-Verhage 1988**

W.J. van der Nat-Verhage, *Handleiding nieuw bewijsrecht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1988.

**Nieuwenhuis 1979**

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

**Nieuwenhuis 1992**

J.H. Nieuwenhuis, 'Hoi topoi. Het juiste gebruik van gemeenplaatsen in het recht', in E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer: Kluwer 1992.

**Nijboer 1999**

J.F. Nijboer, 'Bewijs en bewijsrecht een inleiding', *AA* 48 (1999) 1.

**Van Noord 2001**

T.J.C. van Noord, 'Wanneer is het gebeurd? Het begrip "gebeurtenis" en het probleem van verjaring bij asbestzaken', *TMA* 2001-3.

**Van de Oever 1993**

S. van de Oever, 'Cassatie: recht en feit', *Advocatenblad* 5 februari 1993.

**Oldenhuis 2011**

F.T. Oldenhuis, 'Hoge Raad zet in Wilnis-zaak rem op te ruime risicoaansprakelijkheid', *NJB* 2011-11.

**Oostwouder 2013**

L. Oostwouder, 'Ontslag op staande voet, hoe zat het ook al weer?', *Advocatenblad* mei 2013.

**Peeters 1999**

J.A.J. Peeters, 'De man met de hamer', *SMA* 1999-3.

**Peeters 2007**

M.G.P. Peeters, *Compensatie en erkenning voor werknemers met asbestziekten tussen 1978 en 2005 Een rechtssociologisch onderzoek* (diss. EUR), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

**Du Perron 1999**

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. UvA), 's-Gravenhage: Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties 1999.

**Pitlo/Hidma & Rutgers 2004**

Pitlo/T.R. Hidma & G.R. Rutgers, *Bewijs*, Deventer: Kluwer 2004.

**Polak 1953**

J.M. Polak, *Theorie en praktijk der rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.

**Pontier 1998**

J.A. Pontier, *Rechtsvinding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.



**Post & Van Rij 2003**

A.A. Post & J.H. van Rij, 'Matiging van een loonvordering nader beschouwd', *ArbeidsRecht* 2003-6/7.

**Quaadvlieg 2002**

A.A. Quaadvlieg, 'Brein, arbeid en beloning. De vergoeding van de werknemer-uitvinder tussen arbeidsrecht en octrooirecht', *ArA* 2002/3.

**Quist 2007a**

J.P. Quist, 'De gezichtspuntencatalogus bij ontslag op staande voet: wordt de Hoge Raad op de voet gevolgd?', *ArA* 2007/1.

**Quist 2007b**

J.P. Quist, 'Procesrechtelijke aspecten van de gezichtspuntenrechtspraak bij ontslag op staande voet', *SR* 2007-9.

**Quist 2007c**

J.P. Quist, 'Leeftijd als omstandigheid van het geval in het ontslagrecht. Worden Abraham en Sara door de rechter voorgetrokken?', in: G.W. van der Voet & A.R. Houweling (red.), *Wat doen we met de oudere werknemer? De arbeidsrechtelijke positie van Abraham en Sara*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Quist 2010a**

J.P. Quist, 'De werkgever en het kelderluik. Over toepassing van de Kelderluik-criteria bij artikel 6:162 en artikel 7:658 BW', *ArA* 2010/1.

**Quist 2010b**

J.P. Quist, 'Kennelijk onredelijk ontslag: ook na Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed behoefte aan (meer) voorspelbaarheid en rechtszekerheid', *TAP* 2010-2.

**Quist 2011**

J.P. Quist, 'Ontslag op staande voet (wegens strafrechtelijke veroordeling): weinig ruimte voor algemene regels', *TAP* 2011-3.

**Rammeloo 2011**

L. Rammeloo, 'Ontmoeting tussen rechter en partijen beter dan het proces als slachting', *Advocatenblad* 10 juni 2011.

**Rampersad & Van der Weide 2011**

Y.A. Rampersad & J.A. van der Weide, 'De klachtplicht bij koop', *MvV* 2011-12.

**Ras 1988**

H.E. Ras, *De burgerlijke kamer, de Hoge Raad der Nederlanden 1838, een portret*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

**Van den Reek 1997**

W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

**Rijken 1983**

G.J. Rijken, *Exoneratieclausules* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1983.

**Rijlaarsdam 2005**

A. Rijlaarsdam, *Octrooi en dienstbetrekking* (diss. Delft), Delft: VSSD 2005.

**Rinkes & Hendrikse 2010**

J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, 'Algemene vernietigingsgronden; de informatieplicht', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010.

**Riphagen 1999**

J. Riphagen, 'De ruzie met de hamer: het ontslag op staande voet en de gevolgen voor de werknemer', *AA* 48 (1999) 12.

**Rood 1981**

M.G. Rood, 'Over vage normen in het sociaal recht', in: P. Tuit e.a. (red.), *Gratia Commercii*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

**Roozendaal 2008**

W.L. Roozendaal, 'Het grondrecht op snuiven, of de grenzen aan de gezagsbevoegdheid', *ArA* 2008/1.

**Roozendaal 2009**

W.L. Roozendaal, 'Gezichtspunten bij ontslag: verwijtbaarheid, proportionaliteit en continuïteit', *ArA* 2009/3.

**Ruers 2012**

R.F. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

**Rutgers 2005**

G.R. Rutgers, 'Bewijsaanbod in civiele contentieuze zaken', *AA* 54 (2005) 4.

**Rutgers 2009**

D.J. Rutgers, 'Kantonrechtersformule mag niet als uitgangspunt gelden bij kennelijk onredelijk ontslagvergoeding', *Bb* 2009, 63.

**Sagel & Ubink 1997**

S.F. Sagel & A.M. Ubink, 'Over bommeldingen, knokpartijen en diefstal van een paar sokken in het ontslagrecht', *AA* 46 (1997) 10.

**Sagel 1999**

S.F. Sagel, 'Ontslag op staande voet, kennelijke onredelijkheid en de omstandigheden van het geval', *ArbeidsRecht* 1999-6/7.

**Sagel & Verhulp 2005**

S.F. Sagel & E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?', in: S.F. Sagel & E. Verhulp (red.), *Voor De Laat: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005.

**Sagel 2009**

S.F. Sagel, '100 jaar werknemersongehoorzaamheid: naar een gezichtspuntencatalogus voor de belangenafweging van art. 7:678 lid 2 sub j BW?', in: C.J. Loonstra e.a., *De werkgever in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

**Sagel 2011**

S.F. Sagel, 'Een onvoorwaardelijke veroordeling voor het ontslag op staande voet in verband met een strafrechtelijke veroordeling?', *TRA* november 2011.

**Sagel 2012**

S.F. Sagel, 'De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en het arbeidsrecht', *TRA* 2012-8/9.

**Sagel 2013**

S.F. Sagel, *Het ontslag op staande voet* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

**Van Schaick 2009a**

A.C. van Schaick, *Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 2009.

**Van Schaick 2009b**

A.C. van Schaick, 'De stelplicht met betrekking tot de tekortkoming en de toerekenbaarheid daarvan', *NTBR* 2009-6.

**Van Schaick 2012**

A.C. van Schaick, 'Het dynamische verband tussen stelplicht en bewijsaanbod', *NTBR* 2012-4.

**Schaink 2008**

P.R.W. Schaink, 'Menselijke maat brengt kantonrechter in spagaat', *ArbeidsRecht* 2008-12.

**Scheepstra & Estourgie 2006**

R.E.G. Scheepstra & C.M. Estourgie, 'Verborgene cameratoezicht op de werkplek: toelaatbaar?', *ArbeidsRecht* 2006-5.

**Schelhaas 2007**

H.N. Schelhaas, 'De entire agreement clause in het Europese contractenrecht', in: D. Busch & H.N. Schelhaas (red.), *Vergelijkender Wijs* (Hondius-bundel), Deventer: Kluwer 2007.

**Van Schilfgaarde 2000**

P. van Schilfgaarde, 'Feiten en rechtsoordelen (II, slot)', *WPNR* 6397.

**Van Schilfgaarde 2006**

P. van Schilfgaarde, *Accidituitie in de rechtsvinding*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen 2006.

**Von Schmidt auf Altenstadt 2002**

P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Opening van zaken', *TCR* 2002-1.

**Schneider 2013**

P.L.M. Schneider, 'Terhandstelling van bijzondere bedingen: is het arbeidsrecht klaar voor algemene voorwaarden?', *TAP* 2013-2.

**Sijmonsma 2008**

J.R. Sijmonsma, 'Enige literatuur en rechtspraak over de hoofdregel van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering', *PP* 2008-2.

**Sijmonsma 2011**

J.R. Sijmonsma, 'De schriftelijke fase van de procedure na dagvaarding vóór vonnis: over conclusies, akten en producties', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Simon 1997**

H.J. Simon, *Handboek bestuurs(proces)recht volgens de Awb*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1997.

**Van Slooten 2008**

J.M. van Slooten, '2008: het derde kroonjaar voor het wijzigingsrecht', *ArA* 2008/3.

**Smeehuijzen 2005**

J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', *AV&S* 2005-2.

**Smeehuijzen 2006**

J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

**Smeehuijzen 2008**

J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008.

**Smeehuijzen 2010**

J.L. Smeehuijzen, 'Verjaring', *TVP* 2010-2.

**Smith 2004**

C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

**Smith 2006**

C.E. Smith, 'Belangenafweging door gevalsvergelijking', *RM Themis* 2006-4.

**Smith 2007**

C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Smith 2008**

C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing 2008.

**Smits 2006**

J.M. Smits, 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing', *RM Themis* 2006-4.

**Smits 2008**

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

**Smits 2011**

T.M.J. Smits, 'Bewijsrecht in het arbeidsrecht', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

**Smorenburg 2001**

M.E. Smorenburg, 'De verwijtbaarheid van de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2001-1.

**Snijders 1978**

H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.

**Snijders, Klaassen & Meijer 2007**

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

**Snijders 2009**

H.J. Snijders, 'Verjaring van aan de schuldeiser onbekende rechtsvorderingen', *NTBR* 2009-10.

**Snijders & Wendels/Snijders 2009**

Snijders & Wendels/H.J. Snijders, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2009.

**Snijders 2012**

H.J. Snijders, 'Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992', *Ars Aequi* oktober 2012.

**Spier 2009**

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009.

**Van Staden ten Brink 2005**

E.H. van Staden ten Brink, 'De Hoge Raad, stokpaarden en desinteresse', in: S.F. Sagel & E. Verhulp (red.), *Voor De Laat: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005.

**Stege 2000**

A. Stege, 'De verjaring van asbestclaims; individuele gerechtigheid misschien boven rechtszekerheid', *SR* 2000-10.

**Stein/Rueb 2007**

Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

**Stolker 1993**

C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht', in: M.G. Rood & Th.H.M. de Beer (red.), *Rechters en politiek. Nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

**Stolp 2013**

M.M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht', *NJB* 2013-22.

**Storme 1992**

M.E. Storme, 'Het proces van de feiten?', *Trema* 1992.

**Strikwerda 2010**

L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2010.

**Taekema, Gaakeer & Loth 2011**

H.S. Taekema, A.M.P. Gaakeer & M.A. Loth, *Recht in context*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2011.

**Thesingh 1961**

H. Thesingh, *De grondslagen van de bewijslast in de civiele procedure* (diss. Groningen), 's-Gravenhage: A. Jongbloed & Zoon 1961.

**Thoe Schwartzenberg 2008**

H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2008.

**Tjittes 1999**

R.J.P.L. Tjittes, 'Redelijkheid en billijkheid en verjaring', *A&V* 1999-3.

**Tjittes 2008**

R.P.J.L. Tjittes, 'De uitleg van garanties en vrijwaringen in overnamecontracten', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Amsterdam: Vereniging Corporate Litigation 2008.

**Tjittes & Van Wechem 2011**

R.J. Tjittes & E. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2011-15.

**Tjong Tjin Tai 2002**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De rechterlijke vrijheid en de feitelijke grondslag', *TCR* 2002-2.

**Tjong Tjin Tai & Veling 2005**

T.F.E. Tjong Tjin Tai & Th. Veling, 'Opkomst en terugtred van de Baijings-leer', in: S.F. Sagel & E. Verhulp, *Voor De Laet: de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

**Tjong Tjin Tai 2008**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Functionele samenhang als vereiste voor aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden van ondergeschikten', *Bb* 2008, 29.

**Tjong Tjin Tai 2010**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2010-34.



**De Tombe-Grootenhuis 1993**

M. de Tombe-Grootenhuis, *De partij-getuigenverklaring in het burgerlijk procesrecht* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1993.

**Van & Dek 2000**

A.J. Van & A.E. Dek, 'Aansprakelijkheid voor blootstelling aan asbest', *Milieu & Recht* 2000-7/8.

**Veegens & Wiersma/Veegens 1973**

Veegens & Wiersma/D.J. Veegens, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, deel 1, Algemene grondslagen en verdeling van de bewijslast*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973.

**Veegens & Wiersma/Wiersma & Wiersma 1988**

Veegens & Wiersma/H.W. Wiersma & K. Wiersma, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken. Bewijs door geschriften*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

**Vegter 2009**

M.S.A. Vegter, 'Verplichte verzekering voor fietsers en voetgangers', *TRA* 2009-3.

**Vegter 2010**

M.S.A. Vegter, 'Schadeclaims van de ambtenaar op grond van art. 6:170 BW: bevoegdheid rechter en functioneel verband', *L&S* 2010-1.

**Van der Ven 1970**

F.J.H.M. van der Ven, 'Rechtsvinding in het arbeidsrecht', in: H.C.F. Schoordijk (red.), *Rechtsvinding* (Pieters-bundel), Deventer: Kluwer 1970.

**Venhuizen 2011**

S.M.A.M. Venhuizen, 'Procesrechtelijke civiele incidenten', in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011.

**Verburg 2009**

G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

**Verburg 2010**

L.G. Verburg, 'Europese invloeden op het Nederlandse arbeidsrecht: de overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2010-11.

**Verheij 2002**

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

**Verheij 2005**

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005.

**Verheij 2012**

A.J. Verheij, 'Wie is verantwoordelijk voor hanteerbaar privaatrecht?', in: A.L.M. Keirse e.a. (red.), *Beter Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2012.

**Verheij 2013**

A.J. Verheij, 'Immunititeiten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?', in: N.J. Schrijver e.a., *Immunititeiten* (preadviezen NJV 2013), Deventer: Kluwer 2013.

**Verhulp 2003**

E. Verhulp, 'Dringende reden', *JAR Verklaard* 27 november 2003.

**Verhulp 2005**

E. Verhulp, 'Na ontslag ingetreden omstandigheden', *JAR Verklaard* 9 april 2005.

**Verhulp 2007**

E. Verhulp, 'Beoordeling dringende reden', *JAR Verklaard* 13 oktober 2007.

**Verhulp 2008**

E. Verhulp, 'De dringende reden en het ontslag op staande voet', in: E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008.

**Verhulp & Zondag 2008**

E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008.

**Verpaalen 1989**

O.A.C. Verpaalen, 'Het bewijsaanbod in de civiele procedure', *WPNR* 5920 en 5921.

**Vestering 2010**

P.G. Vestering, 'Ontbinding', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Select Ontslagrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

**Visser 1997**

G.J. Visser, 'Stellen en bewijzen: de drie stadia en enkele van hun consequenties', *TCR* 1997-4.

**Vloemans 2008**

N. Vloemans, 'Kroniek aansprakelijkheid voor niet-loondienstgerelateerde asbestschade', *AV&S* 2008-1.

**Vloemans & Van den Heuvel 2013**

N. Vloemans & A. van den Heuvel, 'Kroniek aansprakelijkheid voor niet-loondienstgerelateerde asbestschade', *AV&S* 2013-3.

**Voûte & Franssen 2010**

P.H.E. Voûte & E.J.A. Franssen, 'Opzegging en onregelmatig ontslag', in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Select Ontslagrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

**Vranken 1978**

J.B.M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1978.

**Vranken 1993**

J.B.M. Vranken, 'Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken', in: P.A. Wackie Eysten e.a., *Gemotiveerd gehuldigd* (Van Boeschoten-bundel), Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

**Vranken 2000**

J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000-1.

**Vranken 2011**

J.B.M. Vranken, 'Het forum van de rechter en van de rechtswetenschappelijke onderzoeker: een vergelijking', in: W.G.M. Plessen, J. van Drongelen & F.H.R. Hendrickx (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing* (Jacobs-bundel), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

**De Vries 2006**

M. de Vries, 'Aansprakelijkheid voor asbestblootstelling', *TVP* 2006-1.

**De Vries 2007**

F.J. de Vries, 'Bias', in: J.D.A. den Tonkelaar & E.S.F. den Tonkelaar (red.), *Thronus Iustitiae 400 jaar inspiratie voor rechters*, Deventer: Kluwer 2007.

**De Vries 2008**

H.H. de Vries, 'Het recht op privacy van een werknemer bij disfunctioneren en wangedrag', in: E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008.

**Vriesendorp 1970**

J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970.

**Vriesendorp 1981**

J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

**De Vroe 2006**

L.J. de Vroe, 'Art. 6:170 BW: een licht ontvlambare aansprakelijkheid voor de werkgever', *ArbeidsRecht* 2006-10.

**Waterman 2009**

Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten* (diss. EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**Van Wechem 2007**

T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2007.

**Wendels/Snijders 2009**

Wendels/H.J. Snijders, *Civiel appel*, Deventer Kluwer 2009.

**Van der Werf & Jongbloed 1990**

H.G. van der Werf & A.W. Jongbloed, *De civiele rechter in de praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

**Wervelman 2010**

E.J. Wervelman, 'Voordeelsverrekening bij letselschade', *TVP* 2010-4.

**Wesseling-Van Gent 1985**

E.M. Wesseling-van Gent, 'Minimumvereisten voor een civiele procedure', *WPNR* 5742.

**Wesseling-Van Gent 2003**

E.M. Wesseling-van Gent, 'Algemene voorschriften voor procedures', *TCR* 2003-2.

**Wessels 2000**

B. Wessels, 'Kan een niet te goeder trouw zijnde debiteur tot de wettelijke schuldsaneringsregeling worden toegelaten?', *NJB* 2000-36.

**Westenberg & Fokker 2004**

J.W. Westenberg & P. Fokker, *Het civiele vonnis*, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch 2004.

**Westenberg 2006**

J.W. Westenberg, 'Een zoektocht naar de feiten?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging corporate litigation 2005-2005*, Deventer: Kluwer 2006.

**Wiarda 1977**

G.J. Wiarda, 'Rechtsregels als houvast voor rechtspraak', *NJB* 1977-7.

**Wiarda 1978**

G.J. Wiarda, in: *2000 weken rechtspraak* (Wijckerheld Bisdom-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

**Wiarda/Koopmans 1999**

Wiarda/T. Koopmans, *3 typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

**Van der Wiel 2004**

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

**Wiersma 1997**

H.W. Wiersma, 'Normatieve elementen bij de vaststelling van feiten in het burgerlijk proces en onrechtmatig verkregen bewijs', in: *J.L.P. Cahen bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997.

**Wiersma 2002**

H.W. Wiersma, 'Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2002-1.

**Wiersma 2010**

H.W. Wiersma, 'Bewijswaarderingsoordelen in het civiele (proces)recht', *Ars Aequi* juli/augustus 2010.

**Wieten 2002**

H.L.G. Wieten, *Bewijs*, Deventer: Kluwer 2002.

**Wieten 2012**

H.L.G. Wieten, *Bewijs*, Deventer: Kluwer 2012.

**Wijnbergen 2011**

L. Wijnbergen, 'Informatieplichten in het burgerlijk procesrecht en de geraden geachte gevolgtrekking', *WPNR* 6908.

**Willems 2010**

P.W.H.M. Willems, 'Termijnen in het arbeidsrecht: een overzicht', *ArbeidsRecht* 2010-4.

**Willemsen 1997**

J.J. Willemsen, 'De verjaringsproblematiek met betrekking tot asbestziekten', *ArbeidsRecht* 1997-10.

**Winters 1992**

B. Winters, *De procedure na cassatie en verwijzing in civiele zaken* (diss. EUR), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

**De Wolff 2007**

D.J.B. de Wolff, *Goedwerknemerschap*, Deventer: Kluwer 2007.

**De Wolff 2008**

D.J.B. de Wolff, 'Taxi Hofman in de revisie', *ArbeidsRecht* 2008-10.

**Wolters 2013**

P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013.

**Van der Woude 2011**

F. van der Woude, 'Een nieuwe bijzondere zorgplicht bij vermogensbeheer?', *WPNR* 6886.

**Ynzonides 2000**

M. Ynzonides, 'Bewijzen in de ontbindingsprocedure', *SR* 2000-11.

**Ynzonides & De Boer 2011**

M. Ynzonides & M. de Boer, 'Kroniek van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2011-34.

**Zondag 2005**

W.A. Zondag, *Rechtspraak kennelijk onredelijk ontslag*, Deventer: Kluwer 2005.

**Zondag 2008**

W.A. Zondag, 'Disciplinaire maatregelen', in E. Verhulp & W.A. Zondag (red.), *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers*, Deventer: Kluwer 2008.

**Zondag 2011**

W.A. Zondag, 'De dringende reden en het doorbreken van verwijtbaarheid: wat te doen met het avasverweer?', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun* (Duk-bundel), Deventer: Kluwer 2011.





## **Jurisprudentieregister**

### **Europees Hof voor de Rechten van de Mens**

EHRM 19 april 1994, serie A, vol 288, § 61; NJ 1995, 462

EHRM 9 december 1994, serie A, vol 303-a, § 29

EHRM 9 december 1994, serie A, vol 303-b, § 27; NJ 1997, 20

EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449

EHRM 12 mei 2000, NJ 2002, 180

### **Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen**

HvJEG 18 maart 1986, NJ 1987, 502

HvJEG 11 maart 1997, NJ 1998, 377

HvJEG 10 december 1998, JAR 1999/16

HvJEG 20 november 2003, NJ 2004, 265; JAR 2003/298

### **Hoge Raad**

HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323

HR 20 maart 1959, NJ 1959, 581

HR 19 juni 1959, NJ 1959, 588

HR 3 november 1961, NJ 1962, 192

HR 9 november 1962, NJ 1962, 473

HR 14 februari 1964, NJ 1964, 289

HR 8 april 1964, NJ 1965, 57

HR 26 juni 1964, NJ 1964, 496

HR 26 juni 1964, NJ 1964, 497

HR 5 november 1965, NJ 1966, 136

HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261

HR 15 maart 1968, NJ 1968, 228

HR 13 december 1968, NJ 1969, 174

HR 21 februari 1969, NJ 1969, 261

HR 21 maart 1969, NJ 1969, 321

HR 20 maart 1970, NJ 1970, 250

HR 26 februari 1971, NJ 1971, 270

HR 12 december 1975, NJ 1976, 495

HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486

HR 17 december 1976, NJ 1977, 241

HR 25 november 1977, NJ 1978, 176

HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248

HR 14 april 1978, NJ 1979, 245

HR 1 december 1978, NJ 1979, 185

HR 6 april 1979, NJ 1979, 492

HR 6 april 1979, NJ 1980, 34

HR 12 oktober 1979, NJ 1980, 117

HR 15 februari 1980, NJ 1980, 328

HR 15 februari 1980, NJ 1980, 329

HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227

HR 13 maart 1981, NJ 1981, 506

HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635

HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332  
HR 6 november 1981, NJ 1982, 148  
HR 6 november 1981, NJ 1982, 567  
HR 4 december 1981, NJ 1982, 134  
HR 14 mei 1982, NJ 1982, 604  
HR 11 juni 1982, NJ 1983, 595  
HR 3 december 1982, NJ 1983, 182  
HR 17 december 1982, NJ 1983, 355  
HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543  
HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801  
HR 13 april 1984, NJ 1985, 2  
HR 4 mei 1984, NJ 1984, 609  
HR 28 september 1984, NJ 1985, 245  
HR 29 maart 1985, NJ 1985, 591  
HR 29 maart 1985, NJ 1986, 84  
HR 8 november 1985, NJ 1986, 309  
HR 3 januari 1986, NJ 1986, 700  
HR 25 april 1986, NJ 1986, 624  
HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688  
HR 13 juni 1986, NJ 1986, 764  
HR 16 januari 1987, NJ 1987, 533  
HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850  
HR 20 november 1987, NJ 1988, 500  
HR 18 december 1987, NJ 1988, 350  
HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 102  
HR 3 maart 1989, NJ 1989, 549  
HR 28 april 1989, NJ 1990, 583  
HR 12 mei 1989, NJ 1989, 596  
HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613  
HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673  
HR 10 november 1989, NJ 1990, 628  
HR 17 november 1989, NJ 1990, 134  
HR 24 november 1989, NJ 1990, 186  
HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393  
HR 9 februari 1990, NJ 1991, 146  
HR 9 maart 1990, NJ 1990, 561  
HR 6 april 1990, NJ 1990, 573  
HR 4 mei 1990, NJ 1992, 637  
HR 10 augustus 1990, NJ 1991, 229  
HR 3 mei 1991, NJ 1991, 476  
HR 20 september 1991, NJ 1991, 768  
HR 13 december 1991, NJ 1992, 441  
HR 31 januari 1992, NJ 1992, 319  
HR 7 februari 1992, NJ 1993, 78  
HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566  
HR 18 september 1992, NJ 1993, 49  
HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 814

---

HR 11 december 1992, NJ 1994, 639  
HR 22 januari 1993, NJ 1993, 665; JAR 1993/50  
HR 29 januari 1993, NJ 1994, 172  
HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659  
HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686; JAR 1993/176  
HR 1 juli 1993, NJ 1995, 43  
HR 17 september 1993, NJ 1994, 173  
HR 24 september 1993, NJ 1994, 174  
HR 8 oktober 1993, NJ 1994, 188  
HR 22 oktober 1993, NJ 1994, 374  
HR 24 december 1993, NJ 1995, 236  
HR 8 april 1994, NJ 1994, 704  
HR 27 mei 1994, NJ 1995, 136  
HR 9 september 1994, NJ 1995, 285  
HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 629  
HR 9 december 1994, NJ 1996, 403  
HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422  
HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175  
HR 24 februari 1995, NJ 1995, 450  
HR 3 maart 1995, NJ 1995, 451  
HR 24 maart 1995, NJ 1996, 596  
HR 21 april 1995, NJ 1995, 437  
HR 21 april 1995, NJ 1996, 462  
HR 23 juni 1995, NJ 1995, 730  
HR 6 oktober 1995, NJ 1998, 190  
HR 3 november 1995, NJ 1998, 380  
HR 24 november 1995, NJ 1996, 161  
HR 19 januari 1996, NJ 1996, 709  
HR 23 februari 1996, NJ 1996, 407  
HR 26 april 1996, NJ 1996, 609  
HR 27 september 1996, NJ 1997, 42; JAR 1996/217  
HR 22 november 1996, NJ 1997, 205  
HR 3 januari 1997, NJ 1997, 451  
HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360  
HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1  
HR 30 mei 1997, JAR 1997/142  
HR 26 september 1997, NJ 1998, 420  
HR 17 oktober 1997, NJ 1999, 266  
HR 24 oktober 1997, JAR 1997/248  
HR 3 oktober 1997, JAR 1997/232  
HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85  
HR 14 november 1997, NJ 1998, 149; JAR 1997/263  
HR 14 november 1997, NJ 1998, 657  
HR 5 december 1997, NJ 1998, 400  
HR 9 januari 1998, NJ 1998, 440  
HR 6 februari 1998, NJ 1999, 478

HR 13 februari 1998, NJ 1999, 560  
HR 6 maart 1998, NJ 1999, 113  
HR 20 maart 1998, NJ 1999, 694  
HR 10 april 1998, NJ 1998, 666  
HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98  
HR 26 juni 1998, JAR 1998/199  
HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660  
HR 26 juni 1998, NJ 1998, 728  
HR 18 september 1998, NJ 1999, 69  
HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682  
HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683; JAR 1998/228  
HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7  
HR 30 oktober 1998, NJ 1999, 268  
HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534  
HR 12 februari 1999, JAR 1999/102  
HR 28 mei 1999, NJ 1999, 509  
HR 28 mei 1999, NJ 1999, 694  
HR 25 juni 1999, JAR 1999/149  
HR 8 oktober 1999, NJ 1999, 780  
HR 22 oktober 1999, NJ 1999, 799  
HR 29 oktober 1999, NJ 1999, 823  
HR 3 december 1999, NJ 2000, 120  
HR 14 januari 2000, JAR 2000/43  
HR 21 januari 2000, NJ 2000, 190; JAR 2000/45  
HR 28 januari 2000, JAR 2000/63  
HR 4 februari 2000, NJ 2000, 600  
HR 28 april 2000, JAR 2000/120  
HR 28 april 2000, NJ 2000, 430; JAR 2000/122; JOR 2000/163  
HR 28 april 2000, NJ 2000, 431  
HR 12 mei 2000, NJ 2000, 412  
HR 12 mei 2000, NJ 2000, 567  
HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300  
HR 29 september 2000, JAR 2000/223  
HR 29 september 2000, NJ 2001, 302  
HR 20 oktober 2000, JAR 2000/237  
HR 10 november 2000, JAR 2000/250  
HR 17 november 2000, NJ 2001, 10  
HR 1 december 2000, NJ 2000, 45  
HR 15 december 2000, JAR 2001/14  
HR 3 januari 2001, JAR 2001/57  
HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253  
HR 12 januari 2001, NJ 2001, 419  
HR 19 januari 2001, JAR 2001/25  
HR 19 januari 2001, JAR 2001/26  
HR 26 januari 2001, JAR 2001/40  
HR 30 maart 2001, JAR 2001/127  
HR 6 april 2001, NJ 2002, 385

---

HR 13 april 2001, JAR 2001/82  
HR 27 april 2001, NJ 2002, 213  
HR 27 april 2001, NJ 2001, 421; JAR 2001/95  
HR 4 mei 2001, NJ 2002, 214  
HR 11 mei 2001, JAR 2001/111  
HR 29 juni 2001, NJ 2001, 476  
HR 28 september 2001, NJ 2002, 104  
HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 224  
HR 30 oktober 2001, NJ 2003, 201  
HR 2 november 2001, JAR 2001/255  
HR 7 december 2001, NJ 2002, 494  
HR 14 december 2001, JAR 2002/17  
HR 14 december 2001, NJ 2002, 105  
HR 21 december 2001, NJ 2004, 34  
HR 1 februari 2002, NJ 2002, 195  
HR 22 februari 2002, NJ 2002, 260  
HR 22 februari 2002, NJ 2003, 174; JAR 2002/81  
HR 27 februari 2002, JAR 2002/208  
HR 1 maart 2002, JAR 2002/66  
HR 1 maart 2002, JAR 2002/67  
HR 19 april 2002, NJ 2002, 458  
HR 3 mei 2002, JAR 2002/134  
HR 21 juni 2002, NJ 2002, 690  
HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235  
HR 9 augustus 2002, NJ 2010, 61  
HR 13 september 2002, NJ 2002, 496  
HR 29 november 2002, NJ 2003, 549  
HR 29 november 2002, NJ 2004, 172  
HR 10 januari 2003, JAR 2003/39  
HR 31 januari 2003, NJ 2005, 337; JAR 2003/71  
HR 7 maart 2003, JBPr 2003, 41  
HR 21 maart 2003, JAR 2003/91  
HR 2 mei 2003, NJ 2003, 468  
HR 16 mei 2003, NJ 2003, 176; JAR 2003/147  
HR 20 juni 2003, NJ 2003, 523; JAR 2003/179  
HR 27 juni 2003, JAR 2003/180  
HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103  
HR 12 september 2003, JAR 2003/242  
HR 12 september 2003, NJ 2005, 268  
HR 12 september 2003, NJ 2005, 441  
HR 19 september 2003, NJ 2004, 20  
HR 19 september 2003, NJ 2004, 584; JBPr 2004, 30  
HR 23 september 2003, NJ 2004, 9  
HR 26 september 2003, NJ 2003, 660  
HR 3 oktober 2003, NJ 2004, 50  
HR 10 oktober 2003, JAR 2003/263

HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328  
HR 7 november 2003, JAR 2003/295  
HR 5 december 2003, NJ 2004, 74  
HR 5 december 2003, NJ 2004, 75  
HR 9 januari 2004, NJ 2004, 141  
HR 30 januari 2004, JAR 2004/68  
HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493; JAR 2004/83  
HR 26 maart 2004, JAR 2004/111  
HR 26 maart 2004, NJ 2004, 637  
HR 2 april 2004, JAR 2004/112  
HR 23 april 2004, NJ 2004, 373  
HR 7 mei 2004, NJ 2005, 76  
HR 28 mei 2004, NJ 2004, 602  
HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105  
HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252  
HR 4 juni 2004, NJ 2004, 411  
HR 9 juli 2004, JAR 2004/189  
HR 9 juli 2004, JAR 2004/190  
HR 9 juli 2004, NJ 2005, 270  
HR 24 september 2004, NJ 2004, 466  
HR 24 september 2004, NJ 2008, 587  
HR 1 oktober 2004, JAR 2004/257  
HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 92  
HR 8 oktober 2004, NJ 2007, 480; JAR 2004/259; JIN 2004/52  
HR 19 november 2004, JAR 2005/49  
HR 26 november 2004, JAR 2004/289  
HR 3 december 2004, JAR 2005/30  
HR 3 december 2004, NJ 2005, 160  
HR 10 december 2004, JAR 2005/12  
HR 10 december 2004, JAR 2005/13  
HR 10 december 2004, JAR 2005/14  
HR 17 december 2004, NJ 2006, 147; JAR 2005/32  
HR 24 december 2004, JAR 2005/50  
HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442  
HR 18 maart 2005, JAR 2005/100  
HR 22 april 2005, JAR 2005/118  
HR 24 juni 2005, NJ 2006, 46  
HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467  
HR 9 september 2005, NJ 2006, 99  
HR 30 september 2005, NJ 2007, 154  
HR 11 november 2005, JAR 2005/287  
HR 18 november 2005, NJ 2006, 640  
HR 25 november 2005, NJ 2009, 103  
HR 23 december 2005, NJ 2006, 33  
HR 17 januari 2006, NbSr 2006, 47  
HR 20 januari 2006, JAR 2006/50  
HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78

---

HR 17 februari 2006, NJ 2006, 158  
HR 17 februari 2006, NJ 2007, 285; JAR 2006/67  
HR 24 maart 2006, JAR 2006/99  
HR 24 maart 2006, NJ 2007, 377  
HR 7 april 2006, NJ 2006, 244  
HR 16 juni 2006, JAR 2006/171  
HR 23 juni 2006, JAR 2006/174  
HR 1 september 2006, JAR 2006/228  
HR 15 september 2006, JAR 2006/244  
HR 15 september 2006, NJ 2006, 507  
HR 13 oktober 2006, JOR 2006, 296; JA 2006/142  
HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 527  
HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529  
HR 3 november 2006, RvdW 2006, 1041  
HR 17 november 2006, NJ 2006, 621  
HR 15 december 2006, NJ 2007, 203  
HR 12 januari 2007, JOL 2007, 9  
HR 19 januari 2007, NJ 2007, 63  
HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575; JOR 2007, 166  
HR 27 januari 2007, NJ 2012, 244  
HR 2 februari 2007, NJ 2008, 104  
HR 9 februari 2007, NJ 2007, 105  
HR 9 februari 2007, NJ 2007, 107  
HR 16 februari 2007, NJ 2007, 117  
HR 27 februari 2007, JAR 2007/65  
HR 2 maart 2007, JAR 2007/91  
HR 16 maart 2007, NJ 2007, 637  
HR 23 maart 2007, NJ 2007, 175  
HR 20 april 2007, JOL 2007, 279  
HR 27 april 2007, JAR 2007/128  
HR 27 april 2007, NJ 2007, 262  
HR 4 mei 2007, NJ 2008, 187  
HR 25 mei 2007, NJ 2008, 463  
HR 1 juni 2007, NJ 2007, 309  
HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335  
HR 27 juni 2007, NJ 2008, 606  
HR 29 juni 2007, NJ 2007, 353  
HR 29 juni 2007, NJ 2007, 354  
HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420  
HR 29 juni 2007, NJ 2007, 638  
HR 29 juni 2007, NJ 2007, 639  
HR 29 juni 2007, NJ 2008, 606  
HR 13 juli 2007, JAR 2007/231  
HR 13 juli 2007, NJ 2007, 407  
HR 14 september 2007, JAR 2007/250  
HR 2 november 2007, NJ 2007, 587

HR 9 november 2007, JAR 2007/305  
HR 23 november 2007, NJ 2008, 552  
HR 30 november 2007, NJ 2009, 329  
HR 7 december 2007, JAR 2008/15  
HR 1 februari 2008, JAR 2008/56  
HR 1 februari 2008, JAR 2008/57  
HR 8 februari 2008, JAR 2008/73  
HR 15 februari 2008, JAR 2008/76  
HR 22 februari 2008, NJ 2010, 543  
HR 14 maart 2008, JAR 2008/111  
HR 11 april 2008, JAR 2008/146  
HR 13 juni 2008, NJ 2009, 302; JAR 2008/185  
HR 13 juni 2008, JAR 2008/186  
HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21  
HR 27 juni 2008, JAR 2008/188  
HR 11 juli 2008, JAR 2008/203  
HR 11 juli 2008, NJ 2011, 185; JAR 2008/204  
HR 11 juli 2008, NJ 2008, 416  
HR 11 juli 2008, NJ 2008, 418  
HR 17 oktober 2008, JAR 2008/294  
HR 5 december 2008, NJ 2010, 579  
HR 12 december 2008, NJ 2009, 332; JAR 2009/15  
HR 19 december 2008, JAR 2009/17  
HR 17 april 2009, JAR 2009/128  
HR 5 juni 2009, JA 2009/116  
HR 5 juni 2009, JA 2009/117  
HR 5 juni 2009, JA 2009/118  
HR 19 juni 2009, NJ 2009, 291  
HR 10 juli 2009, JAR 2009/202  
HR 30 oktober 2009, JAR 2009/288  
HR 27 november 2009, JAR 2009/305  
HR 27 november 2009, JOR 2010, 43  
HR 22 december 2009, JBPr 2010, 25  
HR 12 februari 2010, JAR 2010/71  
HR 12 februari 2010, JAR 2010/72  
HR 16 april 2010, JAR 2010/124  
HR 16 april 2010, JAR 2010/125  
HR 23 april 2010, JAR 2010/127  
HR 23 april 2010, NJ 2010, 244  
HR 21 mei 2010, JAR 2010/163  
HR 21 mei 2010, NJ 2010, 275  
HR 3 september 2010, JAR 2010/250  
HR 3 september 2010, JAR 2010/251  
HR 3 september 2010, JIN 2010/821; JIN 2010/860; RFR 2010/122  
HR 24 september 2010, RvdW 2010, 1098  
HR 1 oktober 2010, NJ 2010, 529  
HR 1 oktober 2010, NJ 2013, 81; JAR 2010/272; JA 2010/155



---

HR 8 oktober 2010, JAR 2010/276  
HR 8 oktober 2010, NJ 2010, 545  
HR 22 oktober 2010, NJ 2011, 6  
HR 26 november 2010, RvdW 2010, 1412  
HR 17 december 2010, NJ 2011, 351; JAR 2011/19; JIN 2011/66  
HR 17 december 2010, NJ 2012, 155  
HR 24 december 2010, JAR 2011/20  
HR 18 februari 2011, RvdW 2011, 284  
HR 25 maart 2011, JAR 2011/109  
HR 25 maart 2011, NJ 2013, 5  
HR 25 maart 2011, RvdW 2011, 418  
HR 2 april 2011, JAR 2011/138  
HR 8 april 2011, JAR 2011/131  
HR 8 april 2011, JAR 2011/132  
HR 29 april 2011, NJ 2011, 406  
HR 27 mei 2011, NJ 2011, 512; JAR 2011/173  
HR 27 mei 2011, NJ 2012, 391  
HR 10 juni 2011, JAR 2011/190  
HR 16 september 2011, NJ 2012, 56  
HR 16 september 2011, NJ 2012, 89  
HR 14 oktober 2011, NJ 2012, 110  
HR 28 oktober 2011, NJ 2012, 685  
HR 11 november 2011, JAR 2011/315  
HR 11 november 2011, NJ 2012, 529  
HR 11 november 2011, NJ 2011, 597; JAR 2011/316  
HR 18 november 2011, RvdW 2011, 1422  
HR 2 december 2011, NJ 2012, 197  
HR 2 december 2011, NJ 2012, 389  
HR 2 december 2011, RvdW 2011, 1503  
HR 9 december 2011, JAR 2012/17  
HR 6 januari 2012, RvdW 2012, 93  
HR 13 januari 2012, JAR 2012/53  
HR 20 januari 2012, NJ 2012, 59  
HR 3 februari 2012, NJ 2012, 96  
HR 8 februari 2012, JOR 2012, 106  
HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926  
HR 17 februari 2012, NJ 2012, 290  
HR 28 februari 2012, NJ 2012, 518  
HR 9 maart 2012, NJ 2012, 174  
HR 23 maart 2012, JAR 2012/110  
HR 23 maart 2012, JAR 2012/113  
HR 13 april 2012, JAR 2012/134  
HR 20 april 2012, JAR 2012/135  
HR 25 april 2012, RvdW 2012, 775  
HR 4 mei 2012, JA 2012, 149  
HR 11 mei 2012, NJ 2012, 530

HR 25 mei 2012, NJ 2013, 68  
HR 28 mei 2012, NJ 2010, 297  
HR 15 juni 2012, JOR 2012, 314  
HR 22 juni 2012, JAR 2012/189  
HR 13 juli 2012, NJ 2012, 447  
HR 13 juli 2012, NJ 2012, 459  
HR 13 juli 2012, RvdW 2012, 961  
HR 13 juli 2012, JAR 2012/209  
HR 10 augustus 2012, JAR 2012/244  
HR 10 augustus 2012, RvdW 2012, 1042  
HR 7 september 2012, NJ 2012, 500  
HR 12 september 2012, JAR 2012/276  
HR 21 september 2012, RvdW 2012, 1132  
HR 28 september 2012, NJ 2012, 551  
HR 5 oktober 2012, NJ 2012, 571  
HR 9 oktober 2012, NJ 2012, 596  
HR 19 oktober 2012, JAR 2012/293  
HR 19 oktober 2012, JAR 2012/294  
HR 19 oktober 2012, JAR 2012/295  
HR 19 oktober 2012, JAR 2012/296  
HR 26 oktober 2012, JAR 2012/313  
HR 13 november 2012, NJ 2012, 659  
HR 13 november 2012, RvdW 2012, 1470  
HR 7 december 2012, RvdW 2013, 2  
HR 14 december 2012, JIN 2013/20  
HR 21 december 2012, JAR 2013/34  
HR 8 februari 2013, JAR 2013/73  
HR 8 februari 2013, JOR 2013, 107  
HR 22 februari 2013, RvdW 2013, 331  
HR 5 april 2013, NJ 2013, 214  
HR 12 april 2013, RvdW 2013, 589  
HR 12 april 2013, RvdW 2013, 590  
HR 26 april 2013, NJ 2013, 259  
HR 26 april 2013, NJ 2013, 261  
HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0828  
HR 24 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA1967  
HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721  
HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3670  
HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5369  
HR 12 juli 2013, JIN 2013/128  
HR 17 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1967

**Parket bij de Hoge Raad**

Conclusie OM 21 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:36

**Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State**

Afd. Bestuursrechtspraak Raad van State 8 augustus 1996, AB 1996, 481

**Centrale Raad van Beroep**

CRvB 29 maart 2006, JB 2006/134

CRvB 12 maart 2009, JB 2009/135

CRvB 25 maart 2009, JB 2009/138

**Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba**

GHvJ v.d. NA en A 16 september 2008, ECLI:NL:OGHNAA:2008:BF1870

GHvJ v.d. NA en A 16 september 2008, ECLI:NL:OGHNAA:2008:BF1905

GHvJ v.d. NA en A 16 september 2008, ECLI:NL:OGHNAA:2008:BF1913

GHvJ v.d. NA en A 20 januari 2009, ECLI:NL:OGHNAA:2009:BH3353

GHvJ v.d. NA en A 20 januari 2009, ECLI:NL:OGHNAA:2009:BH3053

GHvJ v.d. NA en A 6 maart 2009, ECLI:NL:OGHNAA:2009:BH8673

GHvJ v.d. NA en A 16 juni 2009, ECLI:NL:OGHNAA:2009:BM3129

GHvJ v.d. NA en A 20 april 2010, ECLI:NL:OGHNAA:2010:BM3223

GHvJ v.d. NA en A 20 april 2010, ECLI:NL:OGHNAA:2010:BM3120

GHvJ v.d. NA en A 20 april 2010, RAR 2010, 117

GHvJ v.d. NA en A 27 april 2010, ECLI:NL:OGHNAA:2010:BN7110

GHvJ v.d. NA en A 19 juli 2010, ECLI:NL:OGHNAA:2010:BN5031

GHvJ v.d. NA en A 27 augustus 2010, ECLI:NL:OGHNAA:2010:BN8449

GHvJ v.d. NA en A 13 maart 2012, ECLI:NL:OGHNAA:2012:BW5799

**Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Bonaire, Sint Eustasius en Saba**

GHvJ van A, C, SM en van B, SE en S 5 november 2010, ECLI:NL:OGHACMB:2010:BO6707

GHvJ van A, C, SM en van B, SE en S 28 januari 2011, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BP9803

GHvJ van A, C, SM en van B, SE en S 15 maart 2011, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BQ0659

GHvJ van A, C, SM en van B, SE en S 15 april 2011, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BQ4568

GHvJ van A, C, SM en van B, SE en S 17 mei 2011, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BQ8743

GHvJ van A, C, SM en van B, SE en S 24 juni 2011, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BR5541

**Gerechtshof**

Hof Den Bosch 25 juni 1968, NJ 1969, 218

Hof Arnhem 27 mei 1996, NJ 1999, 592

Hof Leeuwarden 24 juli 1996, VR 2002, 82

Hof Arnhem 21 december 1999, NJ 2001, 19

Hof Den Bosch 21 augustus 2001, JAR 2001/186

Hof Den Haag 24 juli 2002, Prg. 2002/5967

Hof Den Haag 25 juli 2003, NJF 2004, 28

Hof Den Haag 14 november 2003, NJF 2004, 187

Hof Den Haag 19 maart 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AO9002

Hof Arnhem 13 april 2004, NJF 2004, 361

Hof Den Haag 11 februari 2005, JAR 2005/114

Hof Amsterdam 30 juni 2005, NJF 2005, 353  
Hof Amsterdam 21 juli 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT9861  
Hof Arnhem 27 september 2005, NJF 2006, 88  
Hof Den Haag 13 januari 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AV4655  
Hof Leeuwarden 29 maart 2006, JA 2006/86  
Hof Den Haag 8 december 2006, JAR 2007/45  
Hof Leeuwarden 20 december 2006, JAR 2007/35  
Hof Den Bosch 16 januari 2007, JAR 2007/158  
Hof Leeuwarden 24 januari 2007, JAR 2007/142  
Hof Den Haag 26 januari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ8901  
Hof Den Haag 26 januari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:AZ8893  
Hof Leeuwarden 7 februari 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:AZ8320  
Hof Arnhem 27 februari 2007, JA 2007/65  
Hof Amsterdam 1 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA9979  
Hof Amsterdam 13 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA1420  
Hof Den Haag 27 april 2007, RAR 2007,116  
Hof Den Bosch 1 mei 2007, JAR 2007/160  
Hof Den Bosch 29 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BC9671  
Hof Den Haag 22 juni 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB0853  
Hof Amsterdam 12 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB6127  
Hof Den Haag 13 juli 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB3893  
Hof Den Haag 17 augustus 2007, JAR 2007/279  
Hof Den Haag 31 augustus 2007, NJF 2007, 507  
Hof Den Haag 21 september 2007, JIN 2007/627  
Hof Den Haag 28 september 2007, JIN 2007/572  
Hof Den Bosch 23 oktober 2007, JAR 2008/145  
Hof Arnhem 23 oktober 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB8562  
Hof Amsterdam 15 november 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC1435  
Hof Arnhem 18 december 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BC5475  
Hof Den Bosch 22 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC3288  
Hof Den Bosch 11 maart 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD5653  
Hof Den Haag 21 maart 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC7748  
Hof Den Bosch 25 maart 2008, JA 2008/96  
Hof Amsterdam 10 april 2008, JAR 2008/236  
Hof Den Haag 11 april 2008, JIN 2008/310  
Hof Den Haag 16 april 2008, JIN 2008/387  
Hof Amsterdam 12 juni 2008, JAR 2009/12  
Hof Amsterdam 19 juni 2008, NJ 2010, 124  
Hof Amsterdam 3 juli 2008, JAR 2008/256  
Hof Arnhem 29 juli 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD8930  
Hof Den Haag 31 juli 2008, JAR 2008/241  
Hof Leeuwarden 5 augustus 2008, JIN 2008/547  
Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, JIN 2008/548  
Hof Leeuwarden 6 augustus 2008, JAR 2008/242  
Hof Den Haag 2 september 2008, JIN 2008/631  
Hof Leeuwarden 30 september 2008, JAR 2008/276  
Hof Amsterdam 18 november 2008, NJF 2008, 521; ECLI:NL:GHAMS:2008:BH4147

Hof Den Bosch 9 december 2008, JIN 2009/5  
Hof Amsterdam 13 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH4674  
Hof Leeuwarden 13 januari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH2762  
Hof Arnhem 3 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH4681  
Hof Den Bosch 3 februari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH2169  
Hof Amsterdam 3 februari 2009, JIN 2009/414  
Hof Den Bosch 17 februari 2009, JA 2009/81  
Hof Den Haag 17 februari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH5568  
Hof Amsterdam 17 februari 2009, JAR 2009/246  
Hof Amsterdam 24 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH4726  
Hof Arnhem 17 maart 2009, RAR 2009, 112  
Hof Arnhem 17 maart 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH8393  
Hof Leeuwarden 17 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI0323  
Hof Arnhem 24 maart 2009, Prg. 2009/87  
Hof Arnhem 31 maart 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI2174  
Hof Den Bosch 31 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH9935  
Hof Den Haag 14 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI2408  
Hof Arnhem 21 april 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ2248  
Hof Arnhem 28 april 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ2749  
Hof Amsterdam 12 mei 2009, JAR 2010/11  
Hof Arnhem 26 mei 2009, NJF 2009, 357  
Hof Leeuwarden 26 mei 2009, JIN 2009/418  
Hof Den Bosch 26 mei 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BQ4232  
Hof Den Bosch 23 juni 2009, JIN 2009/501  
Hof Leeuwarden 7 juli 2009, JAR 2009/198  
Hof Den Bosch 7 juli 2009, JAR 2009/200  
Hof Amsterdam 7 juli 2009, JAR 2009/217  
Hof Arnhem 7 juli 2009, NJF 2010, 4  
Hof Den Haag 1 september 2009, JIN 2009/775  
Hof Arnhem 8 september 2009, NJF 2009, 453  
Hof Amsterdam 8 september 2009, NJ 2010, 125  
Hof Arnhem 29 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL1324  
Hof Amsterdam 13 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL1067  
Hof Leeuwarden 10 november 2009, RAR 2010, 17  
Hof Leeuwarden 1 december 2009, JIN 2010/26  
Hof Amsterdam 15 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3708  
Hof Amsterdam 15 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL8496  
Hof Leeuwarden 22 december 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BK7501  
Hof Leeuwarden 12 januari 2010, Prg. 2010/45  
Hof Amsterdam 19 januari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL3742  
Hof Arnhem 23 februari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL6032  
Hof Amsterdam 16 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN1362  
Hof Den Bosch 30 maart 2010, JIN 2010/263  
Hof Den Haag 6 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM1621  
Hof Den Haag 4 mei 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM9431  
Hof Leeuwarden 8 juni 2010, JAR 2010/182

Hof Amsterdam 15 juni 2010, JAR 2010/193  
Hof Leeuwarden 22 juni 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN0297  
Hof Leeuwarden 22 juni 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN0309  
Hof Leeuwarden 22 juni 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN0320  
Hof Den Bosch 20 juli 2010, JAR 2011/188  
Hof Amsterdam 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5047  
Hof Den Haag 7 september 2010, NJF 2010, 414  
Hof Den Bosch 7 september 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN7363  
Hof Den Bosch 28 september 2010, JAR 2010/289  
Hof Amsterdam 28 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0027  
Hof Leeuwarden 5 oktober 2010, RAR 2011, 7  
Hof Amsterdam 12 oktober 2010, JIN 2011/24  
Hof Den Haag 19 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO6550  
Hof Den Haag 7 december 2010, RAR 2011, 100  
Hof Den Haag 7 december 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO7031  
Hof Den Bosch 7 december 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BO8528  
Hof Amsterdam 14 december 2010, NJF 2011, 23  
Hof Amsterdam 28 december 2010, JAR 2011/70  
Hof Den Bosch 4 januari 2011, JAR 2011/72  
Hof Amsterdam 4 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP8862  
Hof Den Bosch, 6 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU7155  
Hof Den Haag 25 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP1109  
Hof Den Haag 25 januari 2011, NJF 2011, 122  
Hof Arnhem 1 maart 2011, JIN 2011/251  
Hof Amsterdam 8 maart 2011, JAR 2011/147  
Hof Arnhem 8 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BP7892  
Hof Den Haag 8 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7823  
Hof Den Haag 15 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR3361  
Hof Arnhem 27 maart 2011, JIN 2011/252  
Hof Leeuwarden 10 april 2011, Prg. 2012/152  
Hof Den Haag 19 april 2011, Prg. 2011/166  
Hof Amsterdam 3 mei 2011, JAR 2011/165  
Hof Den Bosch 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ5308  
Hof Amsterdam 7 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ8985  
Hof Amsterdam 14 juni 2011, JAR 2011/221  
Hof Den Haag 26 juli 2011, NJF 2011, 346  
Hof Arnhem 26 juli 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR4270  
Hof Arnhem 2 augustus 2011, JAR 2011/242  
Hof Den Bosch 2 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR4288  
Hof Arnhem 9 augustus 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR5918  
Hof Den Haag 6 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT2016  
Hof Amsterdam 6 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU6152  
Hof Den Bosch 20 september 2011, JAR 2011/313  
Hof Den Haag 27 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU8172  
Hof Den Bosch 18 oktober 2011, JIN 2011/779  
Hof Amsterdam 18 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU3253  
Hof Amsterdam 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BW7816

Hof Den Bosch 8 november 2011, NJF 2011, 511  
Hof Leeuwarden 8 november 2011, JBPr 2012, 29  
Hof Amsterdam 8 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7802  
Hof Amsterdam 8 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8204  
Hof Den Haag 29 november 2011, Prg. 2012/32  
Hof Den Haag 29 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU6282  
Hof Leeuwarden 13 december 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU8133  
Hof Amsterdam 20 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU9104  
Hof Arnhem 20 december 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BV0374  
Hof Leeuwarden 20 december 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU8969  
Hof Arnhem 3 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV0305  
Hof Leeuwarden 10 januari 2012, Prg. 2012/61  
Hof Den Bosch 31 januari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV2746  
Hof Den Bosch 21 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV6972  
Hof Leeuwarden 13 maart 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV8640  
Hof Arnhem 20 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV9595  
Hof Leeuwarden 27 maart 2012, JAR 2012/227  
Hof Arnhem 27 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW0693  
Hof Den Bosch 27 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW0293  
Hof Amsterdam 3 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW2157  
Hof Arnhem 3 april 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW0825  
Hof Den Haag 3 april 2012, JA 2012/118  
Hof Den Bosch 1 mei 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5206  
Hof Den Bosch 15 mei 2012, JAR 2012/169  
Hof Arnhem 15 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW6429  
Hof Leeuwarden 29 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7114  
Hof Amsterdam 19 juni 2012, JIN 2012/131  
Hof Den Bosch 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW9100  
Hof Leeuwarden 26 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX4226  
Hof Leeuwarden 3 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX0529  
Hof Amsterdam 10 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX3176  
Hof Den Bosch 10 juli 2012, Prg. 2012/238  
Hof Arnhem 31 juli 2012, JIN 2012/603  
Hof Den Haag 24 augustus 2012, JA 2011/7  
Hof Den Bosch 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX6042  
Hof Den Haag 30 oktober 2012, JAR 2013/12  
Hof Leeuwarden 27 november 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY4505  
Hof Den Haag 18 december 2012, NJF 2013, 66; JA 2013/110  
Hof Den Haag 18 december 2012, NJF 2013, 67  
Hof Den Bosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7010  
Hof Den Haag 15 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5972  
Hof Den Haag 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2639  
Hof Den Bosch 5 maart 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ3550  
Hof Den Bosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300  
Hof Den Bosch 21 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA0881  
Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2252

**Rechtbank**

- Rb. Arnhem 6 november 1980, Prg. 1981/1564  
Rb. Rotterdam 21 april 1995, kenbaar uit de annotatie van G.J. Lankhorst in A&V 1996/2  
Rb. Almelo 1 april 1998, JAR 1998/96  
Rb. Amsterdam 15 december 1999, VR 2000/96  
Rb. Amsterdam 15 maart 2000, JAR 2000/96  
Rb. Utrecht 19 juli 2000, JAR 2000/191  
Rb. Roermond 25 januari 2001, JAR 2001/37  
Rb. Amsterdam 21 februari 2001, JAR 2001/52  
Rb. Utrecht 29 mei 2002, ECLI:NL:RBUTR:2002:AE3451  
Rb. Middelburg 11 september 2002, JAR 2003/11  
Rb. Maastricht 22 januari 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AF3685  
Rb. Amsterdam 10 juni 2003, VR 2003/174  
Rb. Den Haag 25 februari 2004, Prg. 2005/22  
Rb. Rotterdam 10 maart 2004, NJF 2004, 311  
Rb. Zwolle-Lelystad 16 februari 2005, NJF 2005, 190  
Rb. Breda 22 juni 2005, NJF 2005, 304  
Rb. Amsterdam 15 november 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ2440  
Rb. Rotterdam 20 december 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AZ6100  
Rb. Amsterdam 27 december 2006, NJF 2007, 241  
Rb. Amsterdam 21 maart 2007, Prg. 2007/60  
Rb. Den Bosch 25 april 2007, NJF 2007, 286  
Rb. Amsterdam 16 mei 2007, JA 2007/114  
Rb. Rotterdam 5 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BD7429  
Rb. Amsterdam 30 januari 2008, NJF 2009, 47  
Rb. Amsterdam 25 juni 2008, NJF 2008, 358  
Rb. Almelo 5 november 2008, JA 2009/5  
Rb. Almelo 24 december 2008, JA 2009/49  
Rb. Rotterdam 14 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1751  
Rb. Assen 18 maart 2009, NJF 2009, 324  
Rb. Den Bosch 8 april 2009, JA 2009/82; ECLI:NL:RBSHE:2009:BI0731  
Rb. Zwolle 22 april 2009, JA 2010/4  
Rb. Amsterdam 24 juni 2009, NJF 2009, 374  
Rb. Rotterdam 8 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL1548  
Rb. Haarlem 15 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ6815  
Rb. Alkmaar 16 september 2009, Prg. 2009/206  
Rb. Arnhem 23 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BL0333  
Rb. Roermond 7 april 2010, JA 2010/80  
Rb. Almelo 28 april 2010, NJF 2010, 273  
Rb. Rotterdam 26 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0602  
Rb. Rotterdam 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN8627  
Rb. Rotterdam 29 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO2658  
Rb. Rotterdam 6 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4042  
Rb. Rotterdam 8 december 2010, NJF 2011, 140  
Rb. Roermond 10 december 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BO6885  
Rb. Rotterdam 29 december 2010, NJF 2011, 151  
Rb. Arnhem 2 maart 2011, NJF 2011, 170



Rb. Haarlem 13 juli 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR3952  
Rb. Zutphen 3 augustus 2011, NJF 2011, 474  
Rb. Roermond 7 september 2011, JA 2011/193  
Rb. Den Bosch 5 oktober 2011, JA 2011/192  
Rb. Breda 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT6896  
Rb. Rotterdam 12 oktober 2011, NJF 2011, 473  
Rb. Rotterdam 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BV1961  
Rb. Utrecht 2 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3428  
Rb. Dordrecht 30 november 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BU6970  
Rb. Rotterdam 1 februari 2012, JA 2012/85  
Rb. Rotterdam 22 februari 2012, JA 2012/98  
Rb. Amsterdam 27 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX4929  
Rb. Den Bosch 27 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW9610  
Rb. Arnhem 22 augustus 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX6388  
Rb. Rotterdam 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY0678  
Rb. Utrecht 21 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY8897  
Rb. Utrecht 21 november 2012, JAR 2013/10  
Rb. Utrecht 14 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BZ1412  
Rb. Oost-Brabant 23 januari 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ1778

**President in kort geding**

Pres. Rb. Rotterdam 4 januari 1996, JAR 1996/42  
Pres. Rb. Rotterdam 19 juni 2001, KG 2001, 190  
Pres. Rb. Den Bosch 21 maart 2002, KG 2002, 110  
Pres. Rb. Almelo 22 mei 2003, Prg. 2003/6067  
Pres. Rb. Rotterdam 17 juli 2003, KG 2003, 173  
Pres. Rb. Maastricht 1 september 2005, NJF 2005, 374  
Pres. Rb. Rotterdam 23 januari 2007, JOR 2007, 40  
Pres. Rb. Maastricht 16 april 2007, JA 2007/86  
Pres. Rb. Groningen 15 juni 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BA7469  
Pres. Rb. Amsterdam 1 november 2007, JA 2008/10  
Pres. Rb. Roermond 20 februari 2008, NJF 2008, 164  
Pres. Rb. Almelo 4 juni 2008, JA 2008/110  
Pres. Rb. Middelburg 15 januari 2009, NJF 2009, 313  
Pres. Rb. Haarlem 10 juli 2009, NJF 2009, 363  
Pres. Rb. Amsterdam 21 januari 2010, JAR 2010/66  
Pres. Rb. Zutphen 9 februari 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL3063  
Pres. Rb. Arnhem 19 maart 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL9343  
Pres. Rb. Haarlem 15 december 2010, JIN 2011/87  
Pres. Rb. Leeuwarden 6 april 2011, RAR 2011, 93  
Pres. Rb. Amsterdam 7 april 2011, NJF 2011, 246  
Pres. Rb. Den Haag 16 mei 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ4730  
Pres. Rb. Arnhem 20 oktober 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3545  
Pres. Rb. Assen 22 december 2011, Prg. 2012/213  
Pres. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3376  
Pres. Rb. Alkmaar 20 december 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BY6992

Pres. Rb. Rotterdam 10 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9073

Pres. Rb. Amsterdam 12 maart 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ7789

Pres. Rb. Den Haag 17 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9448

### **Kantonrechter**

Ktr. Middelburg 15 april 2002, JAR 2002/128

Ktr. Middelburg 5 augustus 2002, JAR 2002/253

Ktr. Amsterdam 8 mei 2003, JAR 2003/184

Ktr. Helmond 24 september 2003, NJ 2004, 193

Ktr. Amsterdam 14 juni 2004, JAR 2004/262

Ktr. Zwolle 29 maart 2005, Prg. 2005/68

Ktr. Groningen 2 februari 2006, Prg. 2006/87

Ktr. Haarlem 8 februari 2006, Prg. 2006/53

Ktr. Utrecht 12 april 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AW2494

Ktr. Haarlem 30 juni 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AY3286

Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, JAR 2006/230

Ktr. Arnhem 15 januari 2007, JAR 2007/57

Ktr. Amsterdam 30 januari 2007, JAR 2007/55

Ktr. Zwolle 30 januari 2007, JAR 2007/62

Ktr. Den Bosch 8 februari 2007, JAR 2007/60

Ktr. Haarlem 12 februari 2007, Prg. 2007/51

Ktr. Deventer 22 februari 2007, Prg. 2007/70

Ktr. Delft 1 maart 2007, JAR 2007/130

Ktr. Alphen aan den Rijn 6 maart 2007, JAR 2007/113

Ktr. Deventer 8 maart 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BA1858

Ktr. Enschede 3 mei 2007, JIN 2008/65

Ktr. Rotterdam 11 mei 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB9646

Ktr. Amersfoort 14 mei 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BC6759

Ktr. Zaandam 15 mei 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA4504

Ktr. Haarlem 31 mei 2007, JIN 2007/336

Ktr. Zaandam 31 mei 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA4553

Ktr. Amersfoort 26 juni 2007, JAR 2008/94

Ktr. Haarlem 4 juli 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA9683

Ktr. Zwolle 5 juli 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BA9003

Ktr. Haarlem 13 juli 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA9937

Ktr. Zaandam 19 juli 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB0191

Ktr. Groningen 3 augustus 2007, JAR 2008/80

Ktr. Utrecht 3 augustus 2007, JAR 2007/222

Ktr. Haarlem 15 augustus 2007, JAR 2007/256

Ktr. Dordrecht 27 september 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BB4618

Ktr. Alkmaar 17 oktober 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:BC2034

Ktr. Haarlem 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB8322

Ktr. Lelystad 31 oktober 2007, JAR 2007/295

Ktr. Alkmaar 31 oktober 2007, Prg. 2008/82

Ktr. Nijmegen 9 november 2007, JAR 2007/297

Ktr. Dordrecht 4 december 2007, ECLI:NL:RBDOR:2007:BC0739

Ktr. Delft 6 december 2007, NJF 2008, 32

Ktr. Haarlem 19 december 2007, JAR 2008/25  
Ktr. Deventer 27 december 2007, Prg. 2008/57  
Ktr. Haarlem 2 januari 2008, JAR 2008/26  
Ktr. Utrecht 16 januari 2008, Prg. 2008/92  
Ktr. Haarlem 4 februari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC4020  
Ktr. Amsterdam 3 maart 2008, JAR 2008/116  
Ktr. Haarlem 14 maart 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC7129  
Ktr. Groningen 18 maart 2008, NJF 2008, 197  
Ktr. Haarlem 26 maart 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC8936  
Ktr. Utrecht 31 maart 2008, NJF 2008, 298  
Ktr. Alkmaar 7 mei 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BD4728  
Ktr. Den Bosch 22 mei 2008, JAR 2008/155  
Ktr. Leiden 28 mei 2008, JAR 2008/231  
Ktr. Leiden 28 mei 2008, JIN 2008/771  
Ktr. Apeldoorn 11 juni 2008, JAR 2008/229  
Ktr. Bergen op Zoom 11 juni 2008, Prg. 2008/137  
Ktr. Arnhem 27 juni 2008, JIN 2008/523  
Ktr. Amsterdam 1 juli 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD6663  
Ktr. Zaandam 10 juli 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD7414  
Ktr. Gorinchem 14 juli 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BE9024  
Ktr. Terneuzen 23 juli 2008, JAR 2009/8  
Ktr. Breda 25 juli 2008, JAR 2008/246  
Ktr. Venlo 6 augustus 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BD9900  
Ktr. Zaandam 14 augustus 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD9682  
Ktr. Dordrecht 27 augustus 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BE9374  
Ktr. Dordrecht 27 augustus 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BE9376  
Ktr. Gorinchem 11 september 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BF0767  
Ktr. Amersfoort 17 september 2008, JIN 2008/690  
Ktr. Utrecht 17 september 2008, JAR 2008/286  
Ktr. Rotterdam 18 september 2008, Prg. 2008/194  
Ktr. Alkmaar 22 september 2008, JIN 2008/717  
Ktr. Nijmegen 6 november 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG6075  
Ktr. Haarlem 26 november 2008, JA 2009/46  
Ktr. Utrecht 28 januari 2009, Prg. 2009/60  
Ktr. Wageningen 28 januari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH4722  
Ktr. Nijmegen 13 februari 2009, JAR 2009/68  
Ktr. Rotterdam 17 februari 2009, NJF 2009, 155  
Ktr. Delft 12 maart 2009, JAR 2009/115  
Ktr. Amsterdam 16 maart 2009, JAR 2009/94  
Ktr. Rotterdam 15 april 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI5996  
Ktr. Groningen 24 april 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BL1602  
Ktr. Roermond 20 mei 2009, JAR 2009/192  
Ktr. Haarlem 20 mei 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BI6258  
Ktr. Haarlem 16 juni 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BI9651  
Ktr. Wageningen 17 juni 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ8089  
Ktr. Utrecht 24 juni 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ1972

Ktr. Eindhoven 17 juli 2009, Prg. 2010/143  
Ktr. Rotterdam 21 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ4403  
Ktr. Den Bosch 27 juli 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BJ3888  
Ktr. Alkmaar 19 augustus 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BV7014  
Ktr. Almelo 25 augustus 2009, NJF 2009, 458  
Ktr. Haarlem 31 augustus 2009, JAR 2009/239  
Ktr. Groningen 3 september 2009, Prg. 2010/6  
Ktr. Amsterdam 4 september 2009, JAR 2009/259  
Ktr. Sittard-Geleen 16 september 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ7740  
Ktr. Sittard-Geleen 23 september 2009, Prg. 2009/207  
Ktr. Groningen 24 september 2009, JIN 2009/778  
Ktr. Assen 29 september 2009, ECLI:NL:RBASS:2009:BK2046  
Ktr. Terneuzen 30 september 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BL3065  
Ktr. Amsterdam 1 oktober 2009, JAR 2009/274  
Ktr. Almelo 13 oktober 2009, NJF 2009, 480  
Ktr. Utrecht 14 oktober 2009, JAR 2009/296  
Ktr. Den Bosch 2 november 2009, ECLI:NL:RBBRE:2011:BP4832  
Ktr. Utrecht 11 november 2009, JAR 2010/31  
Ktr. Amersfoort 11 november 2009, RAR 2010, 24  
Ktr. Leeuwarden 12 november 2009, JA 2010/18  
Ktr. Middelburg 23 november 2009, RAR 2010, 82  
Ktr. Middelburg 7 december 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BL1939  
Ktr. Zaandam 8 december 2009, JAR 2010/83  
Ktr. Almelo 17 december 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK7673  
Ktr. Groningen 22 december 2009, JIN 2010/113  
Ktr. Breda 22 december 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BK7308  
Ktr. Utrecht 23 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK6977  
Ktr. Alphen aan den Rijn 5 januari 2010, JAR 2010/93  
Ktr. Leeuwarden 8 januari 2010, Prg. 2010/44  
Ktr. Heerenveen 20 januari 2010, JAR 2010/44  
Ktr. Utrecht 3 februari 2010, JA 2010/48  
Ktr. Heerenveen 3 februari 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL2328  
Ktr. Roermond 10 februari 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BL3084  
Ktr. Haarlem 12 februari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM2046  
Ktr. Amersfoort 17 februari 2010, JIN 2010/200  
Ktr. Utrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL6490  
Ktr. Bergen op Zoom 22 februari 2010, JAR 2010/95  
Ktr. Groningen 3 maart 2010, JAR 2010/113  
Ktr. Eindhoven 4 maart 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN4822  
Ktr. Amsterdam 24 maart 2010, JIN 2010/775  
Ktr. Zaandam 30 maart 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BM0295  
Ktr. Middelburg 8 april 2010, JAR 2010/173  
Ktr. Haarlem 29 april 2010, JIN 2010/487  
Ktr. Sittard-Geleen 12 mei 2010, JAR 2010/188  
Ktr. Utrecht 9 juni 2010, JAR 2010/225  
Ktr. Nijmegen 2 juli 2010, JAR 2010/224  
Ktr. Groningen 6 juli 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BN3540

Ktr. Sittard-Geleen 7 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN9956  
Ktr. Sittard-Geleen 7 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN9957  
Ktr. Alkmaar 13 juli 2010, JAR 2010/218  
Ktr. Dordrecht 22 juli 2010, Prg. 2010/209  
Ktr. Utrecht 4 augustus 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN3249  
Ktr. Venlo 5 augustus 2010, Prg. 2010/210  
Ktr. Assen 10 augustus 2010, NJF 2010, 379  
Ktr. Enschede 13 augustus 2010, JAR 2010/221  
Ktr. Alkmaar 18 augustus 2010, Prg. 2010/241  
Ktr. Heerlen 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN7639  
Ktr. Haarlem 7 september 2010, RAR 2011, 45  
Ktr. Zaandam 16 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN5493  
Ktr. Winschoten 11 oktober 2010, Prg. 2010/277  
Ktr. Dordrecht 21 oktober 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BO1645  
Ktr. Rotterdam 22 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP8595  
Ktr. Haarlem 3 november 2010, JIN 2011/26  
Ktr. Emmen 10 november 2010, ECLI:NL:RBASS:2010:BO8182  
Ktr. Haarlem 2 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO8991  
Ktr. Groningen 9 december 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BQ2453  
Ktr. Eindhoven 10 december 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BO7179  
Ktr. Haarlem 13 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO9072  
Ktr. Haarlem 13 december 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO9402  
Ktr. Heerlen 29 december 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BO9519  
Ktr. Middelburg 12 januari 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BU5598  
Ktr. Rotterdam 21 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3062  
Ktr. Leeuwarden 1 februari 2011, JAR 2011/80  
Ktr. Utrecht 2 februari 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP2283  
Ktr. Amsterdam 2 maart 2011, JAR 2011/78  
Ktr. Heerenveen 2 maart 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BP9062  
Ktr. Enschede 3 maart 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BP6918  
Ktr. Amsterdam 11 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU5092  
Ktr. Maastricht 16 maart 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BP8610  
Ktr. Enschede 18 maart 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BP8265  
Ktr. Heerenveen 23 maart 2011, Prg. 2011/140  
Ktr. Middelburg 4 april 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BR0732  
Ktr. Heerenveen 6 april 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ0977  
Ktr. Groningen 7 april 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BQ2454  
Ktr. Utrecht 13 april 2011, JAR 2011/202  
Ktr. Sittard-Geleen 13 april 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BQ1142  
Ktr. Almelo 19 april 2011, JAR 2011/139; JIN 2011/484  
Ktr. Zwolle 26 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BQ2957  
Ktr. Utrecht 27 april 2011, JAR 2011/162  
Ktr. Enschede 12 mei 2011, Prg. 2011/162  
Ktr. Amsterdam 1 juni 2011, Prg. 2011/306  
Ktr. Amersfoort 8 juni 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ7980  
Ktr. Haarlem 30 juni 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR0252

Ktr. Amersfoort 13 juli 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BX3500  
Ktr. Arnhem 15 juli 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BS1752  
Ktr. Haarlem 27 juli 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR4507  
Ktr. Arnhem 16 augustus 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR5811  
Ktr. Haarlem 17 augustus 2011, Prg. 2011/273  
Ktr. Heerenveen 17 augustus 2011, RAR 2011, 154  
Ktr. Rotterdam 19 augustus 2011, JAR 2011/270  
Ktr. Heerlen 9 september 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW8112  
Ktr. Winschoten 15 september 2011, RAR 2011, 166  
Ktr. Alkmaar 19 september 2011, Prg. 2011/304  
Ktr. Utrecht 21 september 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BT6209  
Ktr. Utrecht 28 september 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU7213  
Ktr. Amsterdam 30 september 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BT7446  
Ktr. Assen 18 oktober 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU3890  
Ktr. Zwolle 18 oktober 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU1934  
Ktr. Groningen 27 oktober 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BU8427  
Ktr. Utrecht 2 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3690  
Ktr. Amsterdam 4 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3213  
Ktr. Heerenveen 16 november 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU5004  
Ktr. Assen 20 december 2011, Prg. 2012/57  
Ktr. Assen 21 december 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BU8941  
Ktr. Utrecht 23 december 2011, JAR 2012/28  
Ktr. Utrecht 28 december 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BV3046  
Ktr. Middelburg 9 januari 2012, RAR 2012, 70  
Ktr. Zwolle 10 januari 2012, Prg. 2012/73  
Ktr. Roermond 11 januari 2012, Prg. 2012/69  
Ktr. Haarlem 12 januari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW1136  
Ktr. Heerenveen 1 februari 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BV6800  
Ktr. Dordrecht 3 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV3735  
Ktr. Heerlen 7 februari 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BV9195  
Ktr. Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV6428  
Ktr. Utrecht 17 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW5075  
Ktr. Rotterdam 21 februari 2012, JAR 2012/232  
Ktr. Groningen 22 februari 2012, Prg. 2012/176  
Ktr. Enschede 24 februari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV6973  
Ktr. Enschede 13 maart 2012, RAR 2012, 91  
Ktr. Utrecht 14 maart 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW5208  
Ktr. Amsterdam 23 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW2434  
Ktr. Nijmegen 23 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW0206  
Ktr. Arnhem 30 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW0692  
Ktr. Assen 24 april 2012, Prg. 2012/280  
Ktr. Heerenveen 25 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX1279  
Ktr. Utrecht 10 mei 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW5467  
Ktr. Amsterdam 11 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW5492  
Ktr. Heerenveen 16 mei 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW7794  
Ktr. Alkmaar 21 mei 2012, Prg. 2012/310  
Ktr. Nijmegen 25 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9001

Ktr. Arnhem 30 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7284  
Ktr. Amersfoort 1 juni 2012, Prg. 2012/234  
Ktr. Middelburg 4 juni 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BW8716  
Ktr. Maastricht 6 juni 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BW8501  
Ktr. Hoorn 6 juni 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BW8631  
Ktr. Lelystad 13 juni 2012, JIN 2012/153  
Ktr. Middelburg 18 juni 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BW9311  
Ktr. Wageningen, 20 juni 2012, Prg. 2012/211  
Ktr. Heerenveen 4 juli 2012, JAR 2012/214  
Ktr. Dordrecht 13 juli 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BX2616  
Ktr. Nijmegen 16 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX1610  
Ktr. Nijmegen 16 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX1672  
Ktr. Nijmegen 16 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX1675  
Ktr. Groningen 19 juli 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX7507  
Ktr. Haarlem 19 juli 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX2423  
Ktr. Rotterdam 20 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX6621  
Ktr. Assen 2 oktober 2012, Prg. 2013/20  
Ktr. Rotterdam 10 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY7442  
Ktr. Utrecht 19 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY6880  
Ktr. Groningen 9 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1095  
Ktr. Utrecht 20 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ2412  
Ktr. Zutphen 27 maart 2013, JAR 2013/116  
Ktr. Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ9256  
Ktr. Enschede 2 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:BZ9262  
Ktr. Zwolle 21 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA0918  
Ktr. Utrecht 3 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1905  
Ktr. Bergen op Zoom 24 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5906

**Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen**

G in EA van Aruba 12 november 2008, ECLI:NL:OGEAA:2008:BG8463  
G in EA v.d. NA 10 september 2009, ECLI:NL:OGEANA:2009:BK1514  
G in EA v.d. NA 25 januari 2010, ECLI:NL:OGEANA:2010:BL1997  
G in EA v.d. NA 29 juni 2010, ECLI:NL:OGEANA:2010:BN0569  
G in EA v.d. NA 21 juli 2010, ECLI:NL:OGEANA:2010:BN4379

**Raad van Bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen**

Raad van Bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen 22 december 2008,  
JAR 2009/77





# Trefwoordenregister

Er wordt verwezen naar paragraafnummers

## A

aansprakelijkheidsrecht 2.4.2  
aanvullen van feiten 4.3.1, 4.3.4, 7.2.1, 7.2.2

- ambtshalve 4.3.1

afvloeiingsregeling 3.2.3.6  
alle omstandigheden van het geval 1.1, 2.2.1  
arbeidsmarktpositie 6.3.6.2  
asbestose 5.3.3

## B

bedrijfsregels van de werkgever 6.3.7.1  
beginsel van hoor en wederhoor 4.2.3.2, 4.3.3  
belang van de werkgever 6.3.7.3  
belangenafweging 2.4.2, 2.4.4, 3.3.2, 7.3.7  
bestuurdersaansprakelijkheid 2.6.3  
bestuursprocesrecht 4.3.1  
bestuursrecht 2.3.2.3  
betwisten 4.2.3.2, 6.5

- motiveringsplicht 4.2.3.2

bevrijdend verweer 4.2.3.2, 4.2.3.3, 4.2.3.3.1, 6.5  
bewijsaanbod 4.2.3.4, 6.5

- algemeen bewijsaanbod 4.2.3.4
- in eerste aanleg 4.2.3.4
- in hoger beroep 4.2.3.4
- tegenbewijs 4.2.3.4
- ter zake dienend 4.2.3.4
- voldoende specifiek 4.2.3.4

bewijsaandraagplicht 4.2.3.4  
bewijslast 4.2.3.3  
bewijslastverdeling 4.2.3.1, 4.2.3.3, 5.5, 6.5

- billijkheidstheorie 4.2.3.3
- gematigd objectiefrechtelijke leer 4.2.3.3
- objectiefrechtelijke theorie 4.2.3.3
- omkering van de bewijslast 4.2.3.3
- redelijkheid en billijkheid 4.2.3.3

bewijslevering 4.2.3.1, 4.2.3.4, 4.2.3.6, 6.5

- open systeem van bewijsmiddelen 4.2.3.6
- schriftelijk bewijs 4.2.3.4

bewijsnood 4.2.3.3  
bewijsopdracht 4.2.3.4, 4.2.3.5

- ambtshalve 4.2.3.4, 6.5
- probandum 4.2.3.5
- tussenvonnissen 4.2.3.5

bewijsrecht 4.2  
bewijsrisico 4.2.3.3, 4.2.3.5, 6.5  
bewijswaardering 4.2.3.7, 6.5

- beperkte bewijskracht 4.2.3.7
- beslissend bewijs 4.2.3.7
- dwingende bewijskracht 4.2.3.7
- motiveringsplicht 4.2.3.7
- onrechtmatig verkregen bewijs 4.2.3.7, 6.5
- vrije bewijskracht 4.2.3.7

bewijzen 4.2.2

- redelijke mate van zekerheid 4.2.2, 4.2.3.7

blote ontkenning 4.2.3.2  
burgerlijk procesrecht 2.3.2.1, 4.1

## C

cassatie 4.6.1, 7.2.4

- cassatiegronden 4.6.2
- cassatiemiddelen 4.6.1
- motiveringsklacht 4.6.2, 6.2.1, 7.2.4
- rechtsklacht 4.6.2, 7.2.4
- verwijzing 4.6.3

casuïstische rechtsvinding 2.2.1, 2.2.2, 2.7.2.1  
concentratie van verweer 4.2.3.2  
conclusie van antwoord 4.2.3.2  
contextualisme 2.2.1, 7.2.4

## D

dagvaarding 4.2.3.1  
democratische legitimatie van gezichtspuntencatalogi 2.7.2.8  
deskundigenbericht 2.5  
devolutieve werking van het hoger beroep 6.5

## E

eenheid van rechtsgronden 2.7.1.2, 2.7.2.1, 7.2.1  
eenheid van rechtspraak 3.3.2  
eenheid van uitkomsten 2.7.1.2, 2.7.2.1, 7.2.1  
entire agreement clause 2.7.2.5  
essentiële stellingen 4.5, 4.5.1, 4.6.2  
evaluatieve begrippen 2.6.3, 7.2.3  
exceptieve verweren 4.2.3.2  
exoneratiebeding 2.2.2

## F

feitelijke beslissing 4.6.2  
feitelijke grondslag 4.2.3.1, 4.3.2, 4.6.1, 4.6.3

feiten 2.2.3, 4.4, 4.4.1  
flexibiliteit 2.7.1.3, 7.2.2  
functioneren van de werknemer 6.3.5

## G

gedekt verweer 4.2.3.2  
gelijke behandeling 3.2.3.1  
gemengde beslissing 2.2.2, 2.6.4, 4.6.2, 4.6.3, 6.2.1, 6.4, 7.2.4  
gemis van onstoffelijk voordeel 2.4.1.3  
gevaarzetting 2.2.2  
gevalsvergelijking 2.7.2.1  
gevangenisstraf 3.3.5.2  
gevolgencriterium 3.2.3.2  
gezichtspunten 2.2.2, 2.4.5

- belastend gezichtspunt 2.4.5.2, 3.3.5.2, 4.2.3.1.1, 6.3.3, 6.3.6, 7.3.6
- bevrijdend gezichtspunt 2.4.5.2, 3.3.5.2, 4.2.3.1.1, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.6.1, 7.3.6
- directieve karakter van gezichtspunten 2.7.2.3, 5.6, 6.6, 7.2.2, 7.3.5, 7.3.6
- gesloten gezichtspunten 2.4.5.1, 3.3.5.1, 5.4, 7.3.5
- interpretatie van gezichtspunten 2.7.2.1
- neutrale gezichtspunten 2.4.5.2, 3.3.5.2, 7.3.6
- onderling gewicht 6.2.1
- open gezichtspunten 2.4.5.1, 3.3.5.1, 7.3.5
- overige gezichtspunten 5.3.9, 5.6, 6.3.1, 6.3.7, 6.6, 7.2.2, 7.2.2.1, 7.3.2
- rangorde van gezichtspunten 7.2.2.1, 7.3.4
- voorwaardelijk gezichtspunt 2.4.5.3, 3.3.5.3, 6.2.1, 7.2.1
- weging van gezichtspunten 2.7.2.1, 6.2.1, 6.4, 7.2.2.1, 7.3.4

gezichtspuntencatalogus 1.1

- enuntiatief 2.4.1.1, 5.3.1
- functies van gezichtspuntencatalogi 2.6, 7.2, 7.2.5
- imperatief karakter 2.4.1.2, 2.4.4, 2.7.2.6, 3.3.1.2, 3.3.4, 4.2.3.1.1, 5.3.1, 5.4, 6.3.2, 6.3.7, 7.2.1, 7.2.2, 7.2.2.1, 7.3.2, 7.3.4
- niet imperatief 6.3.3
- niet limitatief 2.4.1.1, 3.3.1.1, 4.2.3.1.1, 4.2.3.3.1, 4.2.3.4.1, 5.3.1, 5.3.9, 5.6, 6.3.1, 6.3.7, 7.2.2, 7.3.1, 7.3.2
- niet volledig imperatief 1.3
- verhulde catalogi 2.4.1.3, 3.3.1.3
- versnipperde catalogus 3.3.1.3
- volledig imperatieve gezichtspuntencatalogus 1.3, 3.2.3.10, 5.6, 7.3.2

gezichtspuntenrechtspraak 1.3, 2.2.2  
goed werkgeverschap 3.2.3.11  
grabbelton-effect 2.7.2.4  
grievenstelsel 6.5

**H**

hard and fast rules 2.2.1, 2.2.2  
harde subregels 2.2.2, 6.3.1, 7.2.1, 7.2.4, 7.3.1  
hermeneutische cirkel 2.2.3  
herstel van de arbeidsovereenkomst 3.2.3.2  
hoedanigheid van partijen 2.4.5, 3.3.5

**I**

immateriële schade 5.3.2  
incommensurabiliteit 2.7.2.1, 7.2.2, 7.3.2  
ineenvloeden van feiten en norm 2.2.3, 4.3.4  
internationaal privaatrecht 3.2.2.1  
internationale rechtsmacht 2.3.2.4

**K**

kantonrechtersformule 4.5  
kennelijk onredelijk ontslag 3.2.3.2, 3.3.2, 3.3.5.2, 4.2.3.2, 4.5  
Kelderluik-factoren 2.2.2, 2.7.2.2, 3.3.2, 3.2.3.10, 7.2.1, 7.2.2  
kort geding 4.2.4.2, 5.5, 6.5  
kwalificatie arbeidsovereenkomst 3.2.3.3

**L**

leeftijd van de werknemer 6.3.6.1  
lijdelijkheid 4.3, 4.3.1

**M**

materiële waarheid 4.4  
matiging loonvordering 3.2.3.5  
mesotheloom 5.2, 5.3.3, 5.3.6  
motivering 4.5, 5.5, 6.2.1, 6.4, 7.2.2, 7.2.2.1, 7.2.4, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.7

- functies 4.5
- gebrekkige motiveringen 2.7.2.7, 5.5
- motiveringsbeginsel 4.5
- motiveringsplicht 2.2.1, 2.7.2.7, 4.6.2

**N**

nabestaanden 5.3.2  
non liquet 4.2.3.3, 4.2.3.3.1

**O**

ober dictum 5.3.1  
objectieve rechtvaardiging 3.2.3.1  
octrooi 3.2.3.4  
omslagpunt 2.7.2.2, 7.2.2  
omstandigheden van het geval 3.2.1  
ontbinding van de arbeidsovereenkomst 3.2.3.6

- ontbindingsprocedure 4.2.4.1
- ontbindingsvergoeding 3.2.3.6
- ontslag op staande voet 2.2.2, 2.4.1.1, 2.4.5.2, 2.6.3, 3.2.3.7, 3.3.5.2, 4.2.3.1.1, 4.2.3.3, 6.2
  - aard en ernst 6.3.2
  - aard van de dienstbetrekking 6.3.3
  - belediging 6.3.1
  - diefstal/verduistering 6.3.1, 6.3.7.4
  - dringende reden 4.6.2, 6.2, 6.3.2
  - duur van de dienstbetrekking 6.3.4
  - gedoogcultuur 6.3.7.9
  - gevolgen van een ontslag op staande voet 6.3.6.2
  - hoor en wederhoor 6.3.7.19
  - mishandeling 6.3.1
  - onderzoek 6.3.7.19
  - onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling 6.2.1
  - onschuldpresumptie 6.3.1
  - plichtsverzuim 6.3.1
  - seksueel misbruik 6.2.1, 6.3.1
  - strafrechtelijke verdenking 6.3.1
  - strafrechtelijke veroordeling 3.2.3.7, 6.3.1, 6.3.7.23
  - ultimatum remedium 6.3.7.6
  - vereiste van onverwijldheid 3.2.3.7
  - vertrouwensfunctie 6.3.3
  - verwijtbaarheid 3.2.3.7, 6.2.1, 6.3.7.4, 6.3.7.5
  - voorbeeldfunctie 6.3.3
  - waarschuwing 6.3.5
  - werkverzuim 3.2.3.7, 6.3.1
  - werkweigering 6.3.1
- open normen 2.2.2, 2.2.3, 2.6.3, 2.7.1.1, 2.7.2.8, 3.2.1, 4.1, 4.6.2, 7.2.3, 7.3.7
- opzegverbod bij zwangerschap 4.2.3.3
- overgang van onderneming 3.2.3.8

**P**

- partijautonomie 4.3
- partijgetuige 4.2.3.7
- passeren van bewijsaanbod 4.2.3.4
  - prognoseverbod 4.2.3.4
- persoonlijke omstandigheden van de werknemer 2.4.5.2, 3.3.5.2, 6.2.1, 6.3.4, 6.3.5, 6.3.6, 6.3.6.3, 7.3.6
- principale verweren 4.2.3.2
- processuele waarheid 4.4
- proefschrift van Stumphius 5.3.5, 5.3.6
- psychische gesteldheid van de werknemer 6.3.7.4

**R**

rechtsbeslissing 4.6.2  
rechtseenheid 2.2.2, 2.7.1.2, 2.7.2.1, 4.5  
rechtsfeiten 4.3.2  
rechtsgelijkheid 2.7.2.1  
rechtsgronden 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4

- ambtshalve aanvullen 4.3.3

rechtsontwikkeling 4.6.2, 7.3.3, 7.3.4, 7.3.7  
rechtsvorming door de rechter 2.7.2.8  
rechtszekerheid 2.5, 2.7.1.2, 2.7.2.1, 2.7.2.3, 5.2, 5.3.8, 7.2.1, 7.3.1  
redelijkheid en billijkheid 5.2  
Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers 5.3.3  
Regeling tegemoetkoming niet-loondienstgerelateerde slachtoffers 5.3.3  
regresvordering 5.3.2

**S**

schadeverzekering 2.4.1.3  
schending van het recht 4.6.2  
scherpe norm 2.5, 7.3.1  
schikkingsonderhandelingen 2.7.2.9, 7.2.2  
smartengeld 2.5, 5.3.2  
sommenverzekering 2.4.1.3  
staking 3.2.2.2  
stelplicht 4.2.3.1, 4.2.3.1.1, 6.5

- motiveringsplicht 4.2.3.1

stelplichtverdeling 4.2.3.1, 5.5, 6.5  
strafrecht 2.3.2.2

**U**

uitleg 3.2.3.9

**V**

vage normen 2.2.2, 2.4.2, 2.6.3, 2.7.1.1, 3.3.2, 4.6.2, 7.3.1  
verjaring 3.2.3.10, 4.2.3.2, 5.2

- absolute verjaringstermijn 5.2

verkeersboete 3.2.2.3  
vermogensschade 5.3.2  
verplichte procesvertegenwoordiging 4.2.3.3, 4.3.1  
verzekeringsdekking 5.3.7  
verzoekschriftprocedure 4.2.4.1  
verzuim van vormen 4.6.2  
verzwaarde stelplicht 4.2.3.2, 5.5  
voordeelsverrekening 2.4.1.3, 7.3.1, 7.3.3  
voorspelbaarheid 2.2.2, 2.6.2, 2.7.1.2, 2.7.2.2, 2.7.2.3, 3.3.2, 4.2.3.7.1, 5.6,  
6.6, 7.2.2, 7.2.2.1, 7.2.5, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.4, 7.3.6, 7.3.7  
vuistregels 2.2.2, 6.2.1, 6.3.1, 7.2.1, 7.2.4, 7.3.1

**W**

waarheids- en volledigheidsplicht 4.4, 5.5, 6.5

- ambtshalve oordeel 4.4
- sanctie 4.4

waarheidsvinding 4.2.3.7, 4.3

wegstreeptournure 5.4

werkgeversaansprakelijkheid ex art. 6:170 BW 3.2.3.12

werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:611 BW 3.2.3.11, 7.2.1

werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW 3.2.3.10

werknemersaansprakelijkheid 3.2.2.3

werknemersbescherming 3.3.5.2

wetgever-plaatsvervanger 2.5, 2.7.2.8

wettelijke verhoging 3.2.3.13

wijziging arbeidsvoorwaarden 3.2.3.14

**X**

XYZ-formule 3.2.3.2

**Z**

zelfstandig verweer 4.2.3.2





## **Curriculum Vitae**

Jeroen Quist is op 31 oktober 1979 geboren te Goes. Na de HAVO aan Het Goese Lyceum, behaalde hij in 1997 zijn propedeuse Management, Economie & Recht aan de Hogeschool Zeeland te Vlissingen. Vanaf 1998 studeerde Jeroen Nederlands recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, waar hij eind 2002 cum laude afstudeerde. Met zijn scriptie (J.P. Quist, *Het concurrentiebeding nader beschouwd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004) won hij in 2003 de door de Vereniging voor Arbeidsrecht uitgegeven Levenbachprijs. Nadien heeft Jeroen regelmatig gepubliceerd in juridische tijdschriften en bundels, voornamelijk op het terrein van zijn promotieonderzoek. Vanaf 2003 is Jeroen werkzaam als advocaat, eerst in Middelburg en thans in Goes.